إن الله على كل شيء قدير

قد طبع المجلد الثاني من الكتاب المستطاب الذي يزري بزهوها على الانوار البهية الكاشف لمعضلات

الهداية الحاوي لمسائل الفقه الحنفية المستجمع لحقائق الرواية والمستكمل لدقائق الدراية المشهور

بالفتح الالهي

مع متنه

الهداية

للعلامة النحرير امام العلماء السيد الفقهاء اكمل الكملاء في الحديث والتفسير شيخ الاسلام كمال الدين محمد المعروف بابن الهمام

اسكنه الله بحبوحة دار السلام بتصحيح الفاضل العريف العلام مولانا محمد عظيم حسين الخيرآبادي حفظه الله ذو الايادي

في المطبع المتاز مطبوع الى نولكشور الواقع في لكهنؤ

في المطبع البهي الدائر المعروف بمحمد مرسي الكبير في مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين

كتاب النكاح هو اقرب الى العبادات حتى ان الاشتغال به افضل من التخلي عنه لمحض العبادة على ما نبين ان شاء الله تعالى فلذا اولاه العبادات والجهاد وان كان عبادة الا ان النكاح سبب لما هو المقصود منه وزيادة فانه سبب لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود المسلم فقط كذا قيل والحق ان الجهاد ايضا سبب لهما اذ نقل الموصوف من صفة الى صفة اعني من الكفر الى الاسلام يصح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما في ذلك لكن لا نسبة بينهما في تحصيل ذلك فان ما يحصل بالنكاح افراد المسلمين منه اضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل به او الذمة دون اسلام اهل الدار فقدم للاكثرية في ذلك وما من اولى العبادات البيوع فنظر الى بساطته بالنسبة الى النكاح باعتبار تمحض معنى المعاملة فيه بخلاف النكاح وليس احد يعجز في ابداء تقديم معنى على معنى فان كل معنى له خصوصية ليست في الآخر فالمقدم يعتبر بالمقدم ويسكت عما تأخره والعاكس يعكس ذلك النظر وانما ابداء وجه اولوية تقديم هذا على ذلك هو التحقيق وهو يستدعي النظر بين الخصوصيتين ايهما يقتضي اكثر اقتضاء للتقديم وقد يفضي الى تكثير جهات كل واحد وخصوصياته يستدعي تطويلا مع قلة الجدوى فالاقتصار في ذلك داخل في طريق اهل العلم والتحصيل فلا بد من تحصيل زيادة البصيرة فيما نشرع فيه من تقديم تحصيل امور **الامر الاول** مفهومه لغة قيل هو مشترك بين الوطي والعقد اشتراكا لفظيا وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطي وقيل بقلبه وعليه مشايخنا رحمهم الله صرحوا به وصرحوا بانه حقيقة في الضم ولا منافاة بين كلاميهم لان الوطي من افراد الضم والموضوع للاعم حقيقة في كل من افراده كانسان في زيد لا يعرف القدماء غيره الى ان حدث التفصيل بين ان يراد به خصوص الشخص يعني يجعل خصوص عوارضه المشخصة مرادا مع المعنى الاعم بلفظ الاعم فيكون مجازا والا فحقيقة وكان هذه الارادة قل ما تخطر عند الاطلاق حتى ترك الاقدمون تقدير ذلك التفصيل بل المتبادر من مراد من يقول لزيد يا انسان يا من يصدق عليه هذا اللفظ لا يلاحظ اكثر من ذلك فيكون المشترك المعنوي حقيقة فيهما واعلم ان المتحقق الاستعمال في كل من هذه المعاني ففي الوطي قوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح اي من وطي حلال لا من وطي حرام وقوله يحل للرجل من امرأته الحائض كل شيء الا النكاح وقول الشاعر ومن ايم قد اكتهلت رباحا واخرى على حال وعم تلهف وقوله ومنكوحة غير مهورة وقول الآخر التاركين على طهر نسائهم والناكحين بشطي دجلة البقر وفي العقد قول الاعشى ولا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تابدا وفي المعنى الاعم قول القائل ضمت الى

يعبر باحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه

صدري منظر صدرها ، كما نكحت ام الغلام صبيها ، اي ضمتها وقول ابي الطيب ، انكحت صم حصاها خف يعمله تعثرت بي البيك السهل والجبلاء اي ضمته فدعي الاشتراك اللفظي يقول تحقق الاستعمال والاصل الحقيقة والثاني يقول كونه مجازا في احدهما حقيقة في الآخر حيث لكن اولى من الاشتراك ثم يدعي تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح دون الوطي ويحيل فهم الوطي حيث فهم على القرينة ففي الحديث الاول هي عطف السفاح بل يصح حمل النكاح فيه على العقد وانكار الولادة بالذات بين الوطي و في الحديث الثاني اضافة المرأة الى ضمير الرجل فان امرأته هي المعقود عليها فيلزم ارادة الوطي من النكاح المستفاد والافسد المعنى اذ يصير يحل من المعقود عليها كل شيء الا العقد وفي الابيات الاضافة الى البقر وتفي المهر والاسناد الى الرباح اذ يستفاد ان المراد وطي البقر والهبيات فالجواب منع تبادر العقد عند اطلاق لفظ النكاح لغة بل ذلك في المفهوم الشرعي الفقهي ولا نسلم ان فهم الوطي فيما ذكر مستند الى القرينة وان كانت موجودة اذ وجود قرينة تؤيد ارادة المعنى الحقيقي مما يثبت مع ارادة الحقيقة فلا يستلزم ذلك كون المعنى مجازيا بل المعتبر تجريد النظر الى القرينة ان عرف انه لولاها لم يدل اللفظ على ما عينته فهو مجاز والا فلا ونحن في هذه المواد المذكورة نفهم الوطي قبل طلب القرينة والنظر في وجه دلالتها فيكون اللفظ حقيقة وان كان مقرونا بما اذا نظر فيه استدعى ارادة ذلك المعنى الا يرى ان ما ادعوا فيه الشهادة على انه حقيقة في العقد مجاز في الوطي من بيت الاعشى فيه قرينة تفيد العقد ايضا فان قوله فلا تقربن جارة منى عن الزنا بدليل ان سرها عليك حرام فيلزم ان قوله فانكح امر بالعقد اي فتزوج ان كان الزنى عليك حرام او تابدي توحش اي كن كالوحش بالنسبة الى الادميات فلا تكن منك قربان لهن كما لا يقربهن وحشي ولم يمنع ذلك ان يكون اللفظ في العقد حقيقة عندهم في هذا البيت اذ هم لا يقولون بانه مجاز في هذا البيت واما ادعاؤه انه في الحديث للعقد فيستلزم التجوز في نسبة الولادة اليه لان العقد انما هو سبب السبب ففيه دعوى حقيقة بالخروج عن حقيقة وهو ترجيح بلا مرجح ولو كانا سواء فكيف والانسب كونه في الوطي يتحقق التقابل بينه وبين السفاح اذ يصير المعنى من وطي حلال لا وطي حرام فيكون على خاص من الوطي والدال على الخصوصية لفظ السفاح ايضا فثبت الى هنا انا لم نزده على ثبوت مجرد الاستعمال شيئا يجب اعتباره وقد علم ثبوت الاستعمال ايضا في الضم فباعتباره حقيقة فيه يكون مشتركا معنويا من افراده الوطي والعقد ان اعتبر الضم اعم من ضم الجسم الى الجسم والقول الى القول او الوطي فقط فيكون مجازا في العقد لانه اذا دار بين المجاز والاشتراك اللفظي كان المجاز اولى ما لم يثبت صريحا خلافه ولم يثبت نقل ذلك بل قالوا نقل المبرد عن البصريين وغلام ثعلب الشيخ ابو عمر الزاهد عن الكوفيين انه الجمع والضم ثم المتبادر من لفظ الضم تعلقه بالاجسام لا الاقوال لانها اعراض يتلاشى الاول منها قبل وجود الثاني فلا يصادف الثاني ما ينضم اليه فوجب كونه مجازا في العقد ثم افراد الضم يختلف بالشدة فيكون لفظ النكاح من قبيل المشكل الامر الثاني مفهومه اصطلاحا وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا والقيد الاخير لاخراج شراء الامة للتسري والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له والاورد عليه ان المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة واعلم ان من الشارحين من يعبر عن هذا بتفسيره شرعا ويجب ان يراد عرف اهل الشرع وهو المعنى الاصطلاحي الذي عبرنا به لا ان الشارع نقله فانه لم يثبت وانما تكلم به الشارع على وفق اللغة ولذا حيث ورد في الكتاب والسنة مجردا عن القرائن يحمله على الوطي كما في ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم حتى اثبتوا بها حرمة من زنى بها على الابن وقول قاضي خان انه في اللغة والشرع حقيقة في الوطي مجاز في العقد وقول صاحب المجتبى هو في عرف الفقهاء العقد يوافق ما بينا والمراد بالعقد مطلقا كان كحاحا او غيره مجموع ايجاب احد المتكلمين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت او غيرهما مما سنذكره او كلام الواحد القائم مقامهما على المتولي الطرفين وقول الورشكي انه معنى يحل المحل فيتغير به حال المحل اذ زوجت وتزوجت آلة انعقاده اطلاق له على حكمه فان المعنى الذي تتغير به حال المحل من الحل والحرمة هو حكم العقد وقد صرح باخراج اللفظين عن مسماه وهو اصطلاح آخر غير مشهور الامر الثالث سبب شرعية تعلق البقاء المقدر في العلم

ان شاء الله وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال

الازلى على الوجه الاكمل والا فيمكن بقاء النوع بالوطى على غير الوجه المشروع لكنه مستلزم للتظالم والسفك الضياع الانساب بخلافه على الوجه المشروع الامر الرابع شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر واما المحلية فمن الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى للنكاح الامر الخامس شرطه الذى لا يخصه الاهلية بالعقل والبلوغ وينبغى ان يراد فى الولى لا فى الزوج والزوجة ولا فى متولى العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبى الذى يعقل العقد ويقصده جائز عندنا فى البيع فصحته هنا اولى لانه محض سفير واما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن احد الامر السادس كونه هو الجنس المقيد فى التعريف الامر السابع حكمه حل استمتاع كل منهما بالآخر على الحد الماذون فيه شرعا فخرج الوطى فى الدبر وحرمة المصاهرة وملك كل منهما على الآخر بعض الاشياء مما سيرد فى اثناء الكتاب الامر الثامن صفته فاما فى حال التوقان قال بعضهم هو واجب بالاجماع لانه يغلب على الظن او يخاف الوقوع فى الحرام وفى النهاية ان كان له خوف وقوع الزنا بحيث لا يتمكن من التحرز الا به كان فرضا انتهى ويمكن الحمل على اختلاف المراد فانه قيد الخوف الواقع سببا للافتراض بكونه بحيث لا يتمكن من التحرز الا به ولم يقيد به فى العبارة الاولى وليس الخوف مطلقا يستلزم بلوغه الى عدم التمكن فليكن عند ذلك المبلغ فرضا والا فواجب هذا ما لم يعارضه خوف الجور فان عارضه كره قيل لان النكاح انما شرع لتحصين النفس وتحصيل الثواب بالولد الذى يعبد الله تعالى والذى يخاف الجور يأثم ويرتكب المحرمات فتنعدم المصالح لرجحان هذه المفاسد وقضية الحرمة الا ان النصوص لا يفصل فقلنا بالشبهين انتهى وينبغى تفصيل خوف الجور كتفصيل خوف الزنا فان بلغ مبلغا افترض فيه النكاح حرم والا كره كراهة تحريم والله اعلم وفى البدائع قيد الافتراض فى التوقان بملك المهر والنفقة فان من نافت نفسه بحيث لا يمكنه الصبر عنهن وهو قادر على المهر والنفقة ولم يتزوج يأثم وصرح قبله بالافتراض فى حالة التوقان واما فى حالة الاعتدال فذهب ذهب اتباعه من اهل الظاهر على انه فرض عين على القادر على الوطى والانفاق تمسكا بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله صلى الله عليه وسلم لعكاف بن خالد الك امرأة قال لا قال تزوج فانك من اخوان الشياطين وقوله صلى الله عليه وسلم تناكحوا تناسلوا فانى مكاثر بكم الامم واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية للدليل الاول والآخر وتعليق الحكم بالعام لا ينفى كونه على الكفاية لان الوجوب فى الكفاية على الكل والمعرف لكونه يسقط بفعل البعض معرفة سبب شرعية فان كان بحيث يحصل بفعل البعض كان على الكفاية وقد عقلنا ان المقصود من الايجاب تكثير المسلمين بالطريق الشرعى وعدم انقطاعهم ولذا صرح بالعلة حيث قال صلى الله عليه وسلم تزوجوا الودود الولود فانى مكاثر بكم الامم رواه ابو داود وهذا يحصل بفعل البعض واما حديث عكاف فايجاب على معين فيجوز كون سبب الوجوب تحقق فى حقه وقيل واجب على الكفاية لما ان الثابت بخبر الواحد الظن والاية لم تسق الا لبيان العدد المحلل على ما عرف فى الاصول وقيل مستحب وقيل سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من اطلق استحباب وكثيرا ما يتساهل فى اطلاق المستحب على السنة ونقل عن الشافعى رحمه الله انه مباح فان التجرد للعبادة افضل منه وحقيقة افضل ينبغى كونه مباحا اذ لا فضل فى المباح والحق انه اقترن بنية كان ذا فضل والتجرد عنده افضل لقوله تعالى وسيدا وحصورا مدح يحيى عليه السلام بعدم اتيان النساء مع القدرة عليه لان هذا معنى الحصور وح فاذا استدل عليه بمثل قوله صلى الله عليه وسلم من اراد ان يلقى الله طاهرا مطهرا فليتزوج الحرائر رواه ابن ماجه وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من سنن المرسلين الحياء والتعطر والسواك والنكاح رواه الترمذى وقال حديث حسن غريب وبقوله صلى الله عليه وسلم اربع من اعطيهن فقد اعطى خير الدنيا والآخرة قلبا شاكرا ولسانا ذاكرا وبدنا على البلاء صابرا وزوجة لا تبغيه حوبا فى نفسها وماله رواه الطبرانى فى الكبير والاوسط واسناد احدهما جيد لا يقول فى الجواب لا انكر الفضيلة مع حسن النية وانما اقول التخلى للعبادة افضل فالاولى فى جوابه التمسك بحال صلى الله عليه وسلم فى نفسه ورده على من اراد

الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة

من امة التخلي للعبادة فانه صريح في عين المتنازع فيه وهو ما في الصحيحين ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم سألوا ازواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لا اتزوج النساء وقال بعضهم لا آكل اللحم وقال بعضهم لا انام على فراش فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله واثنى عليه وقال ما بال اقوام قالوا كذا لكني اصلي وانام واصوم وافطر واتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني فرد هذا الحال رد مؤكد حتى تبرأ منه وبالجملة لا افضلية في الاتباع لا فيما تخيل النفس انه افضل نظرا الى ظاهر عبادة وتوجه ولم يكن الله عز وجل رضي لاشرف انبيائه الا باشرف الاحوال فكان حاله الى الوفاة النكاح فيستحيل ان يقرره على ترك الافضل مدة حياته وحال يحيى بن زكريا عليه السلام كان افضل في تلك الشريعة وقد نسخت الرهبانية في ملتنا ولو تعارضا قدم التمسك بحال النبي صلى الله عليه وسلم وعن ابن عباس رضي الله عنه تزوجوا فان خير هذه الامة اكثرها نساء ومن تامل ما يشتمل عليه النكاح من تهذيب الاخلاق وتوسعة الباطن بالتحمل في معاشرة ابناء النوع وتربية الولد والقيام بمصالح المسلم العاجز عن القيام بها والنفقة على الاقارب والمستضعفين واعفاف الحرم ونفسه ودفع الفتنة عنه وعنهن ودفع التقتير عنهن بحسن الكفاية من مؤنة سبب الخروج ثم للاشتغال بتاديب نفس وتاهيلها للمقصود به ويكون هي سببا ايضا لتاهيل غيرها وامرها بالصلوة فان هذه الفرائض كثيرة لم يكد يقف على الجزم بانه افضل من التخلي بخلاف ما اذا عارضه خوف الجور اذ الكلام ليس من باب الاعتدال مع اداء الفرائض والسنة وذكرنا انه لم يقترن به نية كان مباحا عنده لان المقصود منه اتيان محرم وقضاء الشهوة ومبنى العبادة على خلافه واقول بل فيه فضل من جهة انه كان متمكنا من قضائها بغير الطريق المشروع فالعدول اليه مع العلم منه انه يستلزم اثما لا فيه قصد ترك المعصية وعليه ثوابه وعدل العون من الله تعالى لاستحسان حالته قال صلى الله عليه وسلم ثلثة حق على الله عونهم المجاهد في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح الذي يريد العفاف صححه الترمذي والحاكم اما اذا لم تتزوج المراة الا لغرضها او مالها او حسبها فهو ممنوع شرعا قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امراة لعزها لم يزده الله الا ذلا ومن تزوجها لمالها لم يزده الله الا فقرا ومن تزوجها لحسبها لم يزد الله الا دناءة ومن تزوج امراة لم يزدها الا ان يغض بصره ويحصن فرجه او يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه رواه الطبراني في الاوسط وقال صلى الله عليه وسلم لا تتزوجوا النساء لحسنهن ان يردينهن ولا تزوجوهن لاموالهن فعسى اموالهن ان يطغينهن ولكن تزوجوهن على الدين ولامة خرماء سوداء ذات دين افضل رواه ابن ماجه من طريق عبد الرحمن بن انعم وعن معقل بن يسار رضي الله عنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت امراة ذات حسب ومنصب ومال الا انها لا تلد افتزوجها فنهاه ثم اتاه الثانية فقال له مثل ذلك ثم اتاه الثالثة فقال تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم رواه ابو داود والنسائي والحاكم وصححه ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكونه في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والمختار لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف وفي البخاري عنها قالت زففنا امراة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة ما كان معكم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله سبحانه وتعالى اعلم

النكاح ينعقد بالايجاب والقبول قدمنا ان النكاح في عرف الفقهاء القصد وهذا بيان لان هذا العقد بما يثبت انعقاده حتى يتم عقدا مستعقبا للاحكام فلفظ النكاح في قوله النكاح ينعقد بمعنى العقد اي ذلك العقد الخاص ينعقد حتى يتم حقيقته في الوجود بالايجاب والقبول والانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالاخر على وجه يسمى باعتباره عقدا شرعيا ويستعقب الاحكام وذلك بوقوع الثاني جوابا معتبرا محققا لغرض الكلام السابق ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه والكلامان هما الايجاب والقبول فما قيل في تعريف الايجاب انه اصدار الصيغة الصالحة لافادة ذلك العقد مع انه صادق على القبول خلاف الواقع من العرف المشهور

فيه ولا يجاز اعتبره لان التزويج للتمليك والنكاح للضم ولا ضرر في ازدواج

بل الايجاب هو نفس الصيغة الصالحة لتلك الافادة بقيد كونها اولا والقبول هي بقيد وقوعها ثانيا من اي جانب كان كل منهما فاذكر من الدراية وغيرها من قوله لو قدم القبول على الايجاب بان قال تزوجت بنتك فقال زوجتكها ينعقد به صحيح في الحكم ممنوع كونه من تقديم القبول بل لا يتصور تقديمه لان ما تقدم هو الايجاب كما صرح به في النهاية هنا وصرح الكل في البيع وكان الحامل على جعل الاصدار وصل قوله بلفظين بقولنا الايجاب والقبول فافاد آنيا لهما كان خلافهما والحق ما اعلمتك ووصلها ابدال وبيان يدفع به ما قد يتوهمه من لا يعرف معنى الايجاب والقبول في العرف فيعم المفيد فابدل منه لتخرج الكتابة فلو كتبا الايجاب والقبول لا ينعقد والمراد باللفظين ما هو اعم من الحقيقة والحكم فليدخل متولي الطرفين او ما يخص من الحقيقة وليس هذا بجبل اخبارات منسوق بعضها على بعض لافادة ما يتم به العقد فقال ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضي وينعقد بلفظين احدهما مستقبل لانه توكيل والواحد يتولى طرفي النكاح فينعقد بكلامه وحده كما ينعقد بكلام اثنين ولا اشكال في شيء من هذا وعرف من تعريف الايجاب والقبول بانهما اللفظان الصالحان لافادة ذلك العقد عدم الاختصاص بالعربية وعدم لزوم ذكر المفعولين او احدهما بعد دلالة المقام والمقدمات لان الحذف لدليل جائز في كل لسان وعدم لزوم لفظ النكاح والتزويج فعن هذا قلنا اذا قالت زوجتك نفسي فقالت قبلت او قال تزوجتك فقالت قبلت جاز ولا مفعول حتى لو كان الفاعل سفيرا ولا مفعول فلم يضف الى الموكل نفذ عليه في التجنيس رجل خطب لابنه الصغير امرأة فلما اجتمعا للعقد قال اب المرأة لاب الزوج دادم برتى اين دختر را بهزار درم فقال اب الزوج پذيرفتم يجوز النكاح على الاب وان جرى بينهما مقدمات النكاح للابن هو المختار لان الاب اضافه الى نفسه وهذا امر يجب ان يحتاط فيه بخلاف ما لو قال اب الصغيرة زوجت بنتي من ابنك فقال اب الابن قبلت ولم يقل لابني يجوز النكاح للابن لاضافة المزوج النكاح الى الابن وبيقين قول القائل قبلت جواب له والجواب يتقيد بالاول فصار كما لو قال قبلت لابني ونظير الاول في البيع لو قال الآخر بعد ما جرى بينهما مقدمات البيع بعت هذا بالف ولم يقل منك فقال الآخر اشتريت صح ولزمه وكذا لو قالت المرأة بالفارسية خويشتن خريدم بعده وكابين فقال الزوج فروختم صح وان لم يقل منك **قوله** يعبر بهما عن الماضي مثل انكحتك وزوجتك فيقول قبلت او فعلت او رضيت وفي الانعقاد بصرت لي وصرت لك خلاف وظاهر الخلاصة اختياره اذا تعقبه القبول ولو قال عرستك نفسي فقبل انعقد ثم بين ان الانعقاد به باعتبار انه جعل انشاء شرعا فصار هو عاية لمعناه فيثبت المعنى حقيقة والمراد بقوله جعلت للانشاء شرعا تقرير الشرع ما كان في اللغة وذلك لان العقد قد كان ينشأ بها قبل الشرع فقرره الشرع وانما اعتبرت للانشاء لانها ادل على الوجود والتحقق حيث افادت دخول المعنى في الوجود قبل الاخبار فاقيد بها ما يلزم دون وجود اللفظ ثم لما علمنا ان الملاحظ من حجة الشرع في ثبوت الانعقاد ولزوم حكمه جانب الرضى كما نص عليه في قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد الى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساو للطرف الآخر فقلنا لو قال بالمضارع ذي الهمزة اتزوجك فقال تزوجت نفسي انعقد وفي المبدوء بالتاء تزوجني بنتك فقال فعلت عند عدم قصد الاستفادة لانه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الاول لانه لا يستحيي نفسه عن الوعد واذا كان كذلك النكاح لا يجري فيه المساومة كان للتحقيق في الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله في عرض تحقيقه واستفادة الرضا منه حتى قلنا لو صرح بالاستفهام اعتبر فهم الحال في شرح الطحاوي لو قال هل اعطيتنيها فقال اعطيت ان كان المجلس للوعد فوعد وان كان للعقد فنكاح فيحمل قول السرخسي بالفارسية مبدوء ليس بشيء على ما اذا لم يكن قصد التحقيق ظاهرا ولو قال باسم الفاعل كذلك عن ابي حنيفة اذا قال جئتك خاطبا ابنتك ولتزوجني ابنتك فقال الاب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب ان لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه كما قلنا والانعقاد بقوله انا متزوجك ينبغي ان يكون كالمضارع المبدوء بالهمزة سواء قلنا ينعقد بلفظين وضع احدهما للمستقبل يعني الامر فلذا قال زوجني بنتك

بين المالك والمملوك اهل ولنا ان التمليك سبب لملك المتعة

فقال زوجتك انعقد ومنه كونى امراتى ينعقد اذا قبلت وفى النوازل زوجى نفسك منى فقالت بالسمع والطاعة صح النكاح عن ابى نصر جعل الصحة باعتبار انه توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفى النكاح فيكون تمام العقد على هذا قائما بالمجيب وصرح غيره بانها نفسها الايجاب فيكون قائما بها فى فتاوى قاضيخان قال ولفظ الامر فى النكاح ايجاب وكذا فى الطلاق اذا قالت طلقنى على الف فطلق كان تاما وكذا فى الخلع وكذا لو قال لغيره اكفل لى بنفس فلان هذا او بما عليه فقال كفلت تمت الكفالة وكذا لو قال هب لى عبدك فقال وهبت فى مسائل اخر ذكرها وهذا احسن لان الايجاب ليس الا اللفظ المفيد قصد تحقيق المعنى اولا وهو صادق على لفظة الامر فليكن ايجابا ويستغنى عما اورد على تقرير الكتاب من انه لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس وجوابه بانه فى ضمن الامر بالفعل فيكون قبوله تحصيل الفعل فى المجلس والظاهر انه لابد من اعتباره توكيلا والا ففى طلب الفرق بين النكاح والبيع حيث لا يتم بقوله بعنيه كذا فيقول بعت بلا جواب ازيد جوابه ما ذكره المصنف فى البيع بانه توكيل والواحد يتولى طرفى العقد فى النكاح فصح دون البيع وصح فتمام العقد قائم بالمجيب فلا يصح قوله ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن المستقبل فلذا قيل المثال الصحيح اتزوجك بالف فيقول قبلت على ارادة الحال وعرف من هذا ان شرط القبول فى النكاح المجلس كالبيع لا الفور خلافا للشافعى رح وقد يوهم ما ذكر فى المنية قال زوجتك بالف فسكت الخاطب فقال الصهر دفع المهر قال نعم فهو قبول وقيل لا ان فيه خلافا وان كان المختار الصحة وقد يكون منشاؤه من جهة انه كان منصفا بكونه خاطبا فحيث سكت ولم يجب على الفور كان ظاهرا فى رجوعه فيحكم به ولا فقوله نعم بعده لا يفيده بمفرده لان الفور شرط مطلقا والله سبحانه اعلم وصورة اختلاف المجلس ان يوجب احدهما فيقوم الاخر قبل القبول او اشتغل بعمل يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان الانعقاد هو ارتباط احد الكلامين بالاخر واختلاف المجلس متفرقان حقيقة وحكما فلو عقدا وهما يمشيان ويسيران على الدابة لا يجوز وان كانا فى سفينة سائرة جاز وستعرف الفرق فى البيع ان شاء الله تعالى فروع تزوج باسمها الذى يعرف به حتى لو كان لها اسمان اسم فى صغرها واخر فى كبرها تزوج بالاخير لانها صارت معروفة به ولو كانت له بنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك بنتى فاطمة وهو يريد عائشة فقبل انعقد على فاطمة ولو قال بنتى فاطمة الكبرى قالوا يجب ان لا ينعقد على احدهما ولو قال زوجت بنتى فلانة من ابنك فقبل وليس لها الا ابن واحد وبنت صح وان كان لها ابنتان وابنان لا الا ان يسميا البنت والابن ولو زوج غائبة وكيل فان كان الشهود يعرفونها فذكر مجرد اسمها جاز وان لم يعرفونها فلا بد من ذكر اسمها واسم ابيها وجدها اما لو كانت حاضرة متنقبة فقال تزوجت هذه وقبلت جاز لانها صارت معروفة بالاشارة اما الغائبة فلا تعرف الا بالاسم والنسب وقيل يشترط فى الحاضرة كشف النقاب وستذكر وجه عدمه فى الوكالة بالنكاح ان شاء الله تعالى وكذا الحال فى تسمية الزوج الغائب وفى التجنيس له ابنة اسمها فاطمة فقال وقت العقد زوجتك بنتى فاطمة ولم تقع الاشارة الى شخصها لا يصح فانه اذا لم يشر اليها لم يقع العقد على المسمى وليس له ابنة بذلك الاسم وفى النوازل قال ابو بكر خنثى مشكل زوج من خنثى مشكل برضى الولى فلما كبر اذا الزوج امراة والمراة رجل جاز نكاحهما عندى لان قوله تزوجتك يستوى من الجانبين وفى صغيرين قال اب احدهما زوجت بنتى هذه من ابنك هذا وقيل فظهرت الجارية غلاما والغلام جارية جاز كذلك ايضا وقال الشافعى لا يجوز وفى المنية زوجت وتزوجت يصلح من الجانبين وفى التجنيس رجل قال للمراة بحضرة الشهود اجعلتك فقالت المراة رضيت يكون نكاحا فانه نص فى الجامع الكبير لو قال للمطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا ان راجعتك فعبدى حر تنصرف الرجعة الى النكاح لان الرجعة قد يراد بها الرجعة وقد يراد بها النكاح فينظر الى المحل والمحل هنا لا يقبل الرجعة المعروفة فانصرفت الى النكاح وسيأتى الكلام فى الرجعة بلفظ النكاح فى كتاب الطلاق ان شاء الله تعالى

في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية

ثم قال وذكر في الاجناس لو طلق امرأة بائنا ثم قال راجعتك على كذا وكذا فرضيت المرأة بذلك بحضرة الشهود فان هذا النكاح جائز وان لم يذكر الا فليس بنكاح الا ان يجتمعا ان اراد بذلك فكان نكاحا فيتبين بهذا ان ما ذكر في الكتاب محمول على ما اذا ذكر المال واقر ان الزوج اراد به النكاح انتهى وذكر في فتاوى قاضي خان عن بعضهم تفصيلا بين البائنة والاجنبية ففي البائنة يكون نكاحا وفي الاجنبية لا وسكت عليه وهو الاحسن فان التجوز بلفظ الرجعة في نكاح المطلقة لا يستلزم صحته في غير نكاح رجل وامرأة اقرا بالنكاح بحضرة الشهود فقال هي امرأتي وانا زوجها او قالت هو زوجي وانا امرأته وقال الآخر نعم لا ينعقد النكاح بينهما لان الاقرار اظهار لما هو ثابت فهو فرع سبق الثبوت ولهذا لو اقر الانسان بمال نكاحا لا يصير ملكا له وكذا لو قالا او غيرهما او رضيناه بحضرة الشهود لا ينعقد بخلاف جعلناه ولو قال الشهود جعلتما هذا نكاحا وقالا نعم انعقد لانه ينعقد بلفظ الجعل حتى لو قالت جعلت نفسي زوجة لك فقبل ثم قال اعطيتك الفا على ان يكون امرأتي فقبلت ثم قال زوج بنتك فلانة مني بكذا فقال زوجتها واذهب بها حيث شئت لا ينعقد في التخيير لانه كالمضاف الى ما بعد الدفع ولا ينعقد المضاف لو قال زوجتكها غدا فقبل لا يصح لعدم صحة المعلق اولى وفي فتاوى قاضيخان قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يكون ذلك نكاحا ولم يذكر خلاف قوله ويجوز النكاح المعلق اذا كان على امر مضى لانه معلوم للحال وعليه فرع ما لو قال خطبت بنتك فلانة لابني فلان فقال زوجتها من فلان قبل هذا فلم يصدقه الخاطب فقال ان لم اكن زوجتها من فلان قبل فقد زوجتها من ابنك وقبل الابن بحضرة الشهود ولم يكن زوجها من واحد صح النكاح لان التعليق كائن للحال تحقيق وتنجيز واذا اضاف النكاح الى نصفها مثلا فيه روايتان والصحيح عدم الصحة كذا في فتاوى قاضيخان وذكر في المبسوط في موضع جوازه كالطلاق قوله فيتحقق الخ حاصل الالفاظ المذكورة هنا اربعة اقسام قسم لا خلاف في الانعقاد به في المذهب بل الخلاف في خارج المذهب وقسم فيه خلاف في المذهب والصحيح الانعقاد وقسم فيه خلاف والصحيح عدمه وقسم لا خلاف في عدم الانعقاد به والاوجه ان يترتب على هذا الترتيب ليلي كل قسم ما هو اقرب اليه وبكذا افعل المصر الا في لفظ الوصية القسم الاول ما سوى لفظي النكاح والتزوج من لفظ الهبة والصدقة والتمليك والجعل نحو جعلت بنتي لك بالف خلافا للشافعي وجوازه عندنا بطريق المجاز فان المجاز كما يجري في الالفاظ اللغوية تجري في الالفاظ الشرعية وانما الكلام في تحقيق طريقه هنا فنفاه الشافعي رده بناء على انتفاء ما يجوز التجوز اما اجمالا فلانه وجد لصحة ان يتجوز بلفظ كل منهما عن الآخر فكان يقال انكحتك هذا الثوب مرادا به ملكتك كما يقال ملكتك نفسي وبنتي مرادا به انكحتك وليس فليس واما تفصيلا فلان التزويج هو التلفيق وضعا والنكاح للضم والاضم والازدواج بين المالك والمملوكة ولذا يفسد النكاح عند ورود ملك احد الزوجين على الآخر ولو كان لم ينافيه تاكد به وان صح هذا الوجه عنه كان معتبرا بانه لغة على خلاف ما تقدم نقله عنه من انه العقد الا ان يعني فيما تقدم اصح في لسان الشرع بناء على النقل ولنا ان التمليك اي معناه الحقيقي سبب الملك المتعة في محلها بواسطة كونه سبب ملك الرقبة وملك المتعة في محلها هو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز واما عدم جواز استعارة النكاح للتمليك فليس لعدم المشترك بل لما فرع منه في الاصول من انه لا يجوز استعارة اسم المسبب للسبب عندنا الا اذا كان المقصود من شرعية السبب شرعية كالبيع لملك الرقبة وليس ملك المتعة الذي هو موجب النكاح هو المقصود من التمليك بل ملك الرقبة والجواب عن الثاني منع انه الضم والازدواج بين المالك والمملوك قوله والا لما فسد النكاح الخ قلنا فساده للزوم المنافاة بين كون احدهما مالكا لكل الآخر وكون ذلك الآخر كالكا بحكم الزوجية لبعض ما يملكه عليه ذلك بحكم ملك الرقبة على ما يتبين ان شاء الله تعالى في فصل المحرمات لا لعدم الزمة والازدواج وللشافعي رده ايضا كما خص النكاح باشتراط الشهادة لظهار لخطره خص بالفظين النكاح والتزويج لدل ولم يرد غيرهما شرعا والجواب منعها بل قد ورد بلفظ الهبة فلم يختص قال الله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي

طريق المجاز وينعقد بلفظة البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز

على المحلات في قوله تعالى انا احللنا لك ازواجك اللاتي اتيت اجورهن وما ملكت يمينك مما افاء الله عليك والاصل عدم الخصوصية حتى يقوم دليلها وقوله تعالى خالصة لك يرجع الى عدم المهر بقرينة اعقابه بالتعليل بنفي الحرج فان الحرج ليس في ترك لفظ الى غيره خصوصا بالنسبة الى افصح العرب بل في لزوم المال وبقرينة وقوعه في مقابلة الموتى اجورهن فصار الحاصل احللنا لك الازواج الموتى مهورهن والتي وهبت نفسها لك فتأخذ مهرا خالصة هذه الخصلة لك من دون المؤمنين اما فقد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم من المهر وغيره وابدا صدر الشريعة جواز كونه متعلقا باحللنا فيدل في احلال زوجته لا افادة عدم حلهن لغيره صلى الله عليه وسلم وله ايضا ان الشهادة شرط في النكاح والكناية فيها لابد من النية ولا اطلاع للشهود قال في شرح الكنز قلنا ليست شرطا مع ذكر المهر وذكر السرخسي انها ليست شرطا مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع اسد كما اذا حلف لا ياكل من هذه النخلة ينصرف الى المجاز من غير نية ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال انتهى ويشكل بان الحكم بالمجاز يستدعي امرين احدهما قرينة تدل على ارادة غير ذلك المعنى المجازي ولذا لو طلب من امرأة فقالت وهبت نفسي منك وقيل لا ينعقد والآخر وجود قرينة تفيد المجازي ولذا قال لو البنت وهبت بنتي منك لتخدمك وقيل لا ينعقد هذا في الحكم به اما في جواز التجوز فقط فالشرط مع الاول الارادة لا قرينتها وذلك لان اعتبار ثبوت معنى بعينه عند استعمال لفظ معين ليس لذات ذلك اللفظ لان نسبته اليه كنسبته الى غيره فالمخصص لمعنى معين دون غيره ليس الا علاقة وضعه له او ارادتا بينه وبين ما وضع له لمعنى مشترك بينهما باعتبار نوعه عن الواضع في الاستعمال فيه والارادة لازمة في المحلين غير ان الحكم من السامع بارادة المتكلم المعنى الحقيقي لا يفتقر الى نصب قرينة تقيد ارادته بل يكفي عدم قرينة تصرف عنه وهذا ما يقال الكلام بحقيقته ما لم تقم الدليل على مجاز بخلاف حكمه بارادة ما لم يوضع له حيث يفتقر الى دليل ارادته فان لم يكن فلابد من علم الشهود بارادته بان اعلمهم به ولذا قال في الدراية في تصوير الانعقاد بلفظ الاجارة عند من يجيزه ان يقول اجرت بنتي ونوى به النكاح وعلم الشهود انتهى بخلاف ما اذا قال بنتك بنتي بحضرة الشهود فان عدم القبول المحل للمعنى الحقيقي وهو الحرية للبيع يوجب الحمل على المجازي بلا قرينة فيكتفي بها الشهود حتى لو كان المعقود عليها امة احتيج الى قرينة زائدة في البدائع لو قال لرجل وهبت امتي منك فان كان الحال يدل على النكاح من احضار الشهود وتسمية المهر موجلا اذ معجلا ينصرف الى النكاح وان لم يكن الحال تدل على النكاح فان نوى صدقه الموهوب له فكذلك وان لم ينو ينصرف الى ملك الرقبة انتهى والظاهر انه اذا لم يدل الحال فلابد مع النية من اعلام الشهود كما قدمناه لانه لابد من فهمها المراد على المختار على ما سنذكره وقد رجح شمس الائمة الى التحقيق حيث قال ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق احتمال ولا يخفى عدم المناسبة بين ما علل به من عدم اللبس وحكمه وهو عدم اشتراط او عدم الاهل انما يصلح للتعليل دعوى ظهورها فيهما واما الحالف لا ياكل من هذه النخلة فمحكوم عليه بارادة المجازي نظرا الى تعذر الحقيقي وكونه متكلما واما الهازل فيريد المعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصده عدم الحكم نعم قد يقال في عقد الهازل يتعين لفظ الحقيقة بناء على كون الالجاء قرينة تصرف عن ارادة المعنى المجازي فغرضه ليس الا التخلص وذلك باجراء اللفظ فقط او مريدا حقيقته للتخلص وهي متعذرة اذ لا تصح هبة الحرة وبيعها والذي اقيم مقام المعنى في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة هو الحقيقة دون المجاز والله اعلم واورد كيف ينعقد بالهبة وبه يقع الفرقة اذا نوى به الطلاق وهو سؤال ساقط اما اولا فهو مشترك الالزام اذ يلزم مثله في التزوج فانه يقع به اذا نوى بقوله تزوجي والحل الهبة فيها علاقة السببية للملك فيجوز بها عن اذا اضاف الملك المتجوز عنه بالهبة اليها نفسها بقوله وهبت نفسك لك صح طلاقا وان اضافه الى الرجل صح نكاحا فظهر ان اختلاف الموجب في هذا اللفظ الواحد ليس الا لاختلاف الاضافة بل بنفس توجيه السؤال يظهر صحة استعارتها للملك لعابر لملك الرقبة اذ لم يدع الطلاق الا باعتبار استعارتها القسم الثاني ما اختلفوا في الانعقاد به والصحيح الصحة وتخويفت نفسي منك بكذا او بنتي او اشتريتك بكذا فقالت نعم ينعقد قوله هو الصحيح احتراز عن قول ابي بكر الاعمش وقوله لوجود طريق المجاز تعليل لصحيح وجهه ما قدمناه في تقرير التمليك واختلف بالانعقاد بلفظ السلام فقيل

ولا ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المنفعة ولا بلفظة الاباحة

لان السلم في الحيوان لا يجوز وقيل ينعقد لانه تثبت به ملك الرقبة والمنقول عن ابي حنيفة رحمه الله ان كل لفظ تملك به الرقاب ينعقد به النكاح والسلم في الحيوان ينعقد لو اتصل به القبض منعقد الملك فاسدا لكن ليس كل ما يفسد المعنى الحقيقي للفظ يفسد مجازيه لعدم لزوم اشتراك المفسد فيهما وفي لفظ الصرف في شرح الكنز فيه روايتان وفي البدائع قيل لا ينعقد لانه وضع لاثبات ملك الدراهم والدنانير التي لا تتعين والمعقود عليه هنا يتعين وقيل ينعقد لانه تثبت به ملك العين في الجملة وظاهر هذا انهما قولان وكان منشأهما الروايتان واما القرض فقيل ينعقد به لثبوت ملك العين به وقيل لا لانه في معنى الاعارة قيل الاول قياس قولهما والثاني قياس قول ابي يوسف بناء على ثبوت الملك في العين وعنده لا واما لفظ الصلح فذكر صاحب الاجناس انه لا ينعقد به وذكر شمس الائمة السرخسي في كتاب الصلح ابتداء النكاح بلفظ الصلح والعطية جائز القسم الثالث لا ينعقد بالاجارة والاعارة في الصحيح احترازا عن قول الكرخي وجهه ان اثبات بكل منهما ملك منفعة فوجد المشترك وجه الصحيح على ما ذكروا انهما لا ينعقدان الا موقتة والنكاح الشرط فيه نفيه فلا يستعار احدهما للآخر وقد يقال ان كان المتضادان بهما العرضيان اللذان لا يجتمعان في محل واحد لزكم مثله في البيع لانه لا يجامع النكاح مع جواز العقد به والتحقيق ان الموقتة ليس جزء مفهوم لفظ الاجارة بل شرط لاعتباره شرعا خارج عنه فهو مجرد تمليك المنافع بعوض غير انه وقع مجردا لا يعتبر شرعا على مثال الصلوة هي القيام الخ ولو جعلت بلا طهارة لا تعتبر ولا يقال ان الطهارة جزء مفهوم الصلوة ولذا عدل المصنف عن التوجيه بهذا الى نفي السببية التي هي العلاقة فان الاجارة ليست سببا للملك المتعة حتى يجوز بها عن النكاح ولهذا تبطل بالاجارة وبهذا اذا جعلت المرأة مستأجرة اما اذا جعلت بدل الاجارة او راس مال السلم كان يقال تاجرت دارك بنتي هذه او اسلمتها اليك في كر حنطة ينبغي ان لا يختلف في جوازه فانه اضاف اليها بلفظ يملك به الرقاب قال المصنف ولنا نقدة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وعن الطحاوي ينعقد لانه يثبت به الرقبة في الجملة وعن الكرخي رحمه الله ان قيد الوصية بالحال بان قال اوصيت لك بنتي هذه لا ينعقد لانه به صار مجازا عن التمليك انتهى وينبغي ان لا يختلف في صحته ح فالحاصل انه اذا قيد بالحال يصح او بما بعد الموت بان قال اوصيت لك بابنتي بعد موتي لم يكن نكاحا ولو قال اوصيت لك بها ولم يزد فقيل لا يكون نكاحا وعن الطحاوي ينعقد ثم كون الاضافة الى ما بعد الموت هو الواقع فيما نحن فيه والا فمجرد الاضافة تستقل لعدم الصحة لو قال زوجتكها غدا لم يصح وحاصل الوجه ان الاضافة ماخوذ من مفهوم الوصية وعدمها في النكاح فتصادا ولا يجوز بلفظ احد القصدين عن الآخر بخلاف الهبة ليست جزء مفهوم لفظ الاضافة الى ما بعد القبض بل هي تمليك العين حالا ثم هو يتأخر فيما اذا كان الموهوب في يد الموهوب له لضعف سببيتها بسبب عدم العوض ولذا لو كان في يد الموهوب له ثم الملك بنفس اللفظ القسم الرابع لا ينعقد بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة والرهن والتمتع لعدم تمليك المنفعة في كل منها فانتفى الجامع وهو المشار اليه بقوله لما قلنا ولا ينعقد بلفظ الاجارة والخلع لانها لفسخ عقد سابق فروع الاول كل لفظ لا ينعقد به النكاح ينعقد به الشبهة فيسقط به الحد ويجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها الثاني لو لقنت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك او لا يعلمون صح كالطلاق وقيل لا كالبيع كذا في الخلاصة ومثل هذا في جانب الرجل اذا لقنه ولا يعلم معناه وهذه في جملة مسائل الطلاق والعتاق والتدبير والنكاح والخلع فالثلاثة الاول في الحكم ذكره في عتاق الاصل في باب التدبير واذا عرف الجواب فيها قال قاضيخان ينبغي ان يكون النكاح كذلك لان العلم بمضمون اللفظ انما يعتبر لاجل القصد فلا يشترط فيما يستوي فيه الجد والهزل بخلاف البيع ونحوه واما في الخلع اذا لقنت اختلعت نفسي منك بمهري ونفقة عدتي فقالته ولا تعلم معناه لفظ الخلع واختلفوا فيه قيل لا يصح وهو الصحيح قال القاضي فينبغي ان يقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا النفقة وكذا لو لقنت ان تبرئه وكذا المديون

والاحلال والاعارة لما قلنا ولا بلفظة الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت

اذا القن رب الدين لفظ الابراء لا يبرأ الثالث اذا سمى المهر مع الايجاب فقال تزوجتك بكذا فقالت قبلت النكاح ولا اقبل المهر قالوا لا يصح ولا يشكل بانه ليس من شرط صحة النكاح صحة التسمية او وجودها لانه ما اوجب النكاح الا بذلك المقدر المسمى فلو صححناه اذا قبلت في النكاح دون المهر للزمه مهر المثل وهو لم يرض بالنكاح به بل بما سمى فيلزمه ما لم يلزمه بخلاف ما اذا لم يسم من الاصل لان غرضه النكاح بمهر المثل حيث سكت عنه اذ لا لازم فيلزمه ما التزمه ولو قال قبلت النكاح ولم يزد على ذلك لم ينعقد بما سمى وقد يخالفه ما في المنتقى عبد تزوج على رقبته بغير اذن المولى فبلغه فقال اجزت النكاح ولا اجيز على رقبته يجوز النكاح ولها الاقل من مهر المثل ومن قيمته يباع فيه بخلاف ما في الجامع امة تزوجت بغير اذن المولى على مائة درهم فبلغه فقال اجزت النكاح على خمسين دينارا ورضي به الزوج لان هذه مقرونة برضى الزوج فهي ملحقة باجازته والحق ما اعلمتك من كلام المشايخ فيجب التعويل عليه وان خالف ما عن محمد الرابع ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب وصورته ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه او يقول ان فلانا كتب الي يخطبني فاشهدوا اني زوجت نفسي منه ما لو قال بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب والتعبير عنه بها قد سمعوا الشطرين بخلاف ما اذا اقتصر او معنى الكتاب بالخطبة ان تكتب زوجتني نفسك فاني رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود مختوما فقال هذا كتابي الى فلانة فاشهدوا على ذلك لم تجز في قول ابي حنيفة حتى يعلم الشهود ما فيه وهو قول ابي يوسف ثم رجع وجوزه من غير شرط اعلام الشهود بما فيه واصل الخلاف كتاب القاضي الى القاضي على ما سياتي ان شاء الله تعالى قال في المصفى هذا يعني الخلاف اذا كان الكتاب بلفظ الترجي اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجي نفسك مني لا يشترط اعلامها الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكافي قال وفائدة الخلاف تظهر فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعد ما اشهدهم عليه من غير قراءة عليهم ولا اعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا ان هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما لا يقضى بالنكاح وعنده يقبل ويقضى به اما الكتاب فصحيح بلا اشتباه وهذا الاشتباه لهذا وهو ان تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند وجود الزوج الكتاب كذا في المبسوط شيخ الاسلام والكافي واجمعوا في امسك ان الاشهاد لا يصح ما لم يعلم الكاتب ما في الكتاب واعلم ان ما نقله من نفي الخلاف في صورة الامر لا شبهة له على قول المص الحقيق اما على قول من جعل لفظ الامر ايجابا كقاضيخان على ما نقلناه عنه فيجب اعتبار اعلامها ايا هم ما في الكتاب وان لم يعلم الكاتب ما في الكتاب يكون من صورة الخلاف وعلى ما صدر به المسئلة الخامس ينعقد بالاشارة من الاخرس اذا كانت له اشارة معلومة السادس ينعقد بنقل الرسول عبارة المرسل الى الجانب مع الشهود كما سيأتي ان شاء الله تعالى في فصل الوكالة بالنكاح السابع لا يبطل عقد النكاح بالشروط الفاسدة فلو قال تزوجتك على ان يعطيني عبدك فاجابه بالنكاح انعقد ووجب المهر مثلها عليه ولا شيء له من العبد الثامن لا يجوز تعليق النكاح بالخطر لو قال اذا جاء فلان فقد زوجتك بنتي فالنكاح فاسد فلان لا ينعقد كذا التعليق الرجعة او كل منهما الزم والذي يجوز تعليقه بالشرط ما هو اسقاط كالطلاق والعتاق والتزام كالنذر الا التعليق بالمشيئة فانه يبطل من لم المشيئة في المجلس على ما في التجنيس في رمز الفتاوى الصغرى وغيرهما اذا قال تزوجتك ان شئت او ان شاء زيد فابطل صاحب المشيئة مشيئته في المجلس فالنكاح جائز لان المشيئة اذا بطلت في المجلس صار كما لو كان بغير مشيئة كما قالوا في السلم اذا ابطل الخيار في المجلس جاز السلم ثم قال لكن اذا بدأت المرأة اما اذا بدأ الزوج فقال تزوجتك ان شئت ثم قبلت المرأة من غير شرط صح النكاح ولا يحتاج الى ابطال المشيئة بعد ذلك لان القبول مشيئة انتهى وهذا ناظر الى انه ما من جانب المرأة هو القبول تقدم او تأخر وما من جانب الرجل الايجاب تقدم او تأخر وقد قدمنا قريبا ان الحق ان الاول ايجاب من اي جهة كان والثاني قبول لذلك فالعدم جواز تعليقه بالخطر لتمنع خيار الشرط فيبطل كما لو قال تزوجتك على ان ابي بالخيار فقبلت صح ولا خيار له بخلاف ما لو قال ان رضي ابي لا يجوز بخلاف من خطب اليه ابنته فقال

قال ولا ینعقد نکاح المسلمین الا بحضور شاهدین حرین عاقلین بالغین مسلمین رجلین
او رجل وامرأتین عدول او کانوا او غیر عدول او محدودین فی القذف قال رضا اعلم ان الشهادة
شرط فی باب النکاح لقوله علیه السلام لا نکاح الا بشهود وهو حجة علی مالك رح فی اشتراط
الاعلان دون الشهادة ولا بد من اعتبار الحریة فیها لان العبد لا شهادة له لعدم الولایة ولا بد
من اعتبار العقل والبلوغ لانه لا ولایة بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام فی نکاح المسلمین لانه لا شهادة
للکافر علی المسلم ولا یشترط وصف الذکورة حتی ینعقد بحضور رجل وامرأتین وفیه خلاف الشافعی رح وستعرف فی الشهادات ان شاء الله

زوجتها فلم یصدقه الخاطب فقال ان لم اکن زوجتها من فلان فقد زوجتها ابنك فقبل بحضرة الشهود ثم ظهر انه لم یکن زوجها حیث ینعقد النکاح بینهما لان
هذا تعلیق بما هو موجود للحال ومثله تحقیق کذا اجاب بعض المشائخ وسنفصل الکلام فی خیار الشرط والرؤیة والعیب فی باب المهر ان شاء الله تعالی
التاسع اذا وصل الایجاب بتسمیة المهر کان من تمامه حتی لو قبل الآخر قبله لا یصح کامرأة قالت لرجل زوجت نفسی منك بمائة دینار فقبل ان تقول مائة
دینار قبل الزوج لا ینعقدان اول الکلام یتوقف علی آخره اذا کان فی آخره ما یغیر اوله وهنا کذلك فان مجرد زوجت ینعقد بمهر المثل وذکر المسمی معه یغیر ذلك
الی التعیین المذکور فلا یعمل قبل الزوج قبله العاشر ینعقد النکاح من الهازل وتلزمه مواجبه لقوله صلی الله علیه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النکاح
والطلاق والرجعة رواه الترمذی من حدیث ابی هریرة عن النبی صلی الله علیه وسلم ورواه ابو داود وجعل العتق بدل الرجعة ولذا ینعقد من المکره قوله
ولا ینعقد نکاح المسلمین الا بحضور احتراز عن غیر المسلمین وسیاتی ان انکحة الکفار بغیر شهود صحیحة اذا کانوا یدینون بذلك وقوله بحضور لا یوجب السماع
وهو قول جماعة منهم القاضی علی السغدی ونقل عن ابواب الامارة من السیر الکبیر انه یجوز وان لم یسمعوا وعلی هذا جوازه بالاصمین والنائمین اشتراط
السماع لان المقصود من الحضور وسیاتی لمامه اما اشتراط الشهادة فلقوله صلی الله علیه وسلم لا نکاح الا بشهود قال المصنف رح وهو حجة علی مالك
فی اشتراط الاعلان دون الاشهاد وظاهره انه حجة علیه فی الامرین اشتراط الاعلان وعدم اشتراط الاشهاد ولکن المقصود انه حجة فی اصل المسئلة وهو
اشتراط الاشهاد وانما اراد ذکر الاعلان تتمیما لنقل مذهبه ونفی اشتراط الشهادة النائمین قول ابن ابی لیلی وعثمان البتی وابی ثور واصحاب الظواهر قیل زوج
ابن عمر بغیر شهود وکذا فعل الحسن وهم محجوجون لقوله صلی الله علیه وسلم لا نکاح الا بشهود رواه الدارقطنی وروی الترمذی عن ابن عباس رض
البغایا اللاتی ینکحن انفسهن بغیر بینة ولم یرفعه عن عند الاعلی فی التفسیر ووقفه فی الطلاق لکن ابن حبان روی من حدیث عائشة رض انه
صلی الله علیه وسلم قال لا نکاح الا ولی وشاهدی عدل وما کان من نکاح علی غیر ذلك فهو باطل فان تشاجروا فالسلطان ولی من لا ولی له وقال
ابن حبان لا یصح فی ذکر الشاهدین غیر هذا وشتان ما بین هذا وبین قول فخر الاسلام ان حدیث الشهود مشهور یجوز تخصیص الکتاب به اعنی
قوله تعالی فانکحوا ما طاب لکم من النساء الآیة فیندفع به الایراد المعروف وهو لزوم الزیادة علی الکتاب او تخصیصه بخبر الواحد وجواب آخر
وهو انه خص بنیة المحرمات فجاز تخصیصه بخبر الواحد ثانیا ولو عدل الی ان النص واصل لکم ما وراء ذلکم فالجواب بان الامر المخصوص بالمشترکة ونحوها واعلم
ان مشائخ رحمهم الله نصبوا الخلاف فی موضعین فی الشهادة علی ما ذکرنا وفی الاعلان واستدلوا لمالك رح فی اثباته بالمنقول من قوله صلی الله علیه وسلم
فی الحدیث عن عائشة رض عنها عنه صلی الله علیه وسلم اعلنوا بالنکاح رواه الترمذی وقال حسن غریب وبالمعقول وهو ان حرام هذا الفعل یکون سرا قصدا یکون
جهر الیتقی التهمة الذی یظهر ان هذا نصب فی غیر محل النزاع یظهر ذلك من اجوبتهم عن هذا الاستدلال وغیره وذلك ان کلمتهم قاطبة فیه علی القول بموجب دلائل الاعلان
وادعاء العمل بها اشتراط الاشهاد اذ به یحصل الاعلان وکلام المبسوط حیث قال ولان الشرط لما کان الاظهار یعتبر فیه ما هو طریق الظهور شرعا وذلك لشهادة الشاهدین
فانه مع شهادتهما لا یبقی سرا وقول الکرخی رح نکاح السر ما لم یحضره شهود فاذا حضروا فقد اعلن قال وترك ما کان عند امراء وستر الثلاثة غیر الخفی صریح فیما
ذکرنا فالتحقیق انه لا خلاف فی اشتراط الاعلان وانما الخلاف بعد ذلك فی ان الاعلان المشترط هل یحصل بالاشهاد حتی لا یضر بعده توصیة الشهود بالکتمان
اذ لا یصیر بعد الاعلان التوصیة بالکتمان او لا یحصل بمجرد الاستشهاد حتی یضر فقلنا نعم وقالوا لا ولو اعلن بدون الاشهاد لا یصح لتخلف شرط آخر وهو الاشهاد
وعنده یصح فالحاصل ان شرط الاشهاد یحصل فی ضمن الشرط الآخر فکل اشهاد اعلان ولا ینعکس کما لو علنوا بحضرة صبیان او عبید قوله لعدم الولایة

ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهي لحرمته ولا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين **قال** وان تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر لا يجوز

يعني القاصرة وهي ولاية على نفسه لا التامة وهي نفاذ القول على الغير لان تلك محتاج اليها الا دائما لعدم صحة شهادة الصبي والعبد والمجنون في باب النكاح وان لم يكن من شرط هذه الشهادة الا دائما ولم يكن ولاية على نفسه والشهادة فرعها لم تكن شهادة وقد اجازت شهادة المحدود في القذف لولايته على نفسه والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي للعقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى الاداء بجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما ممن انعقد بحضوره جازت شهادتهما وان لم يكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا ومذهب احمد رض بجواز شهادة العبيد مطلقا واستبعد نفيها لانه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع في نفيها وحكي عن انس رض انه قال ما علمت احدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الامم يوم القيامة فكيف لا تقبل هنا وتقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الاخبار والذي ذكر من المعنى وهو ان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له مما يمنع فانه لا يلزم عقلا بين تصديق مخبر في اخباره بما شاهده لبعد كونه عدلا فيما غير مملوك المنافع ولا شرعا لم لا يجوز ان يبتلي عبدا من عباد الله بالرق وتقبل اخباره كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل اداؤه ولذا جاز لولد الزوجين ولا اذا اصاوغاية ما يلزم فيه انه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرعا لم يصح له تصرف التحق بالجمادات في حق العقود ونحوها فكان حضوره كلا حضور واما ما ذكره في المبسوط حيث قال ولان النكاح يفعل في محافل الرجال والصبيان والعبيد لا يدعون في محافل الرجال فكان حضورهما كلا حضور فحاصله اشتراط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر في احضار مجرد العبيد والصبيان وكذا اهل الذمة في انكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فيشمل هذا الوجه نفي شهادة الكل وعلى اعتباره اولى ان ينفي شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو وهذا الذي ارتبرته **قوله** ولا تشترط العدالة حتى تنعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب الكرامة حقيقة الى الرجوع الى الوجه الاول القائل انها شرطت ايضا لاظهار الخطر وهو معنى الكرامة والفاسق من اهل الاهانة فلا كرامة ولا تعظيم للعقد باحضاره فلا يصلح لقوله ولنا انه اي الفاسق من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحليله من شرطيه وضع فيها المقدم اسهل من تحليله من اقترانى كما سلكه بعض الشارحين فاطال اي لما كان من اهل الولاية كان من اهل الشهادة فهذه دعوى ملازمة شرعية وقوله وهذا لانه لم يحرم الولاية على نفسه اخ ملازمة اخرى لبيان الملازمة الاولى غير المنع كالاولى فعللها بقوله لانه من جنسه اي لان الغير من جنس الفاسق فيجوز قلبه وفيه تقدير آخر لبعضهم بعيد من الالفاظ وحاصل هذا ان احكام افراد الجنس المتحد متحدة بحسب الاصل فكل مسلم يتعلق به من خطابات الاحكام ما يتعلق بمثله ظاهرا لم يحرم الشارع الفاسق من الولاية لنفسه علم انه لم يعتبر شرعا فسقه مسالبا لاهلية الولاية مطلقا فجاز ثبوتها على غيره لانه كنفسه الا ان ثبوتها على غيره لا تحقق الا برضاه وذلك يتولى عليه اذا استنهده فقد استوفاه ورضي فثبت ذلك القدر وهو صحة سماعه عليه كما يصح منه سماعه لاحد شطري ما يعقده من المعاملات لنفسه من غيره ومجرد السماع هو الشرط فيجوز شهادته فيه اي سماعه اما الاداء فيتوقف على فعل غيره وهو اجازة القاضي وانت اذا تاملت هذا الوجه ظهر لك انه لم يرد على اقتضاء تجويز كون الفاسق شاهدا فثبتت شهادته لعدم النافي والوجه السابق من ان اشتراط الشهادة لاظهار تعظيم العقد وتعظيم المحل الوارد وهو عليه منتفيه لان مجرد احضار الفاسق ليس بمكرمة والحق ان هذا الوجه انما ينفي ما ذكرناه من احضار الفساق حال سكرهم على ما زعموا من انه اذا انعقد بحضرة سكارى يفهمون كلام العاقدين جاز وان كانوا بحيث يناسونه اذا صحوا وهذا الذي دنا به انفعا اما من كان في نفسه فاسقا وله مروءة وحشمة فان احضاره للشهادة لا ينافيه الوجه المذكور فالحق صحة العقد بحضرة فساق لا في حال فسقهم والله اعلم **قوله** ولانه صلح مقلدا بالكسر اللام وجه ثان ذكره المصنف رح في صحة شهادة الفاسق في النكاح وهو انه صلح مقلدا اي سلطانا وخليفة

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما ان الشهادة

شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لورود على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال

وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلامهما والشهادة شرطت على العقد

فصاح مقلد بفتح اللام اي قاضيا وكذا شاهدا بالواو في نسخ وبالفاء في نسخ فعلى الاول هي ملازمة واحدة حاصلها الصلح للولاية الكبرى التي هي عموم ولاية القضاء وفصل الخصومات التي هي اقل وهي القضاء والشهادة بطريق اولى بيان الاستثنائية المقدرة المستغنى عن اظهارها بلفظة الا فانها دالة على وضع المقلد ان الخلفاء غير الاربعة السابقين ومن بعدهم باحسان كعمر بن عبد العزيز فلما خلوا من فسق مع عدم انكار السلف ولايتهم وتصحيح تقليدهم القضاة غيرهم وعلى الثاني ملازمتان بين صلاحية الكبرى وصلاحية القضاء وصلاحية الشهادة والاول سبب للثاني في كل منهما فاعترض بانه ذكر في ادب القاضي ان الامر بالعكس حيث قال لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة واجيب بان قوله فكذا شاهدا عطف على مقلد بكسر اللام وان تحلل معطوف غيره فعمر من قولك جاء زيد وبكر وعمرو عطف على زيد لا بكر ومسببية عنه ظاهرة ولا منافاة فتصح وفيه نظر اذ العطف بالفاء يقتضي ترتب كل على ما قبله كما في جاء زيد فعمرو فبكر **فروع** في فتاوى النسفي للقاضي ان يبعث الى شافعي ليبطل العقد اذا كان بشهادة الفاسق وللحنفي ان يفعل ذلك على ما بين في كتاب القضاء ان شاء الله تعالى وكذا لو كان يغير في فطلقها ثلاثا فبعث الى شافعي وجهاه منه بغير محلل لم يقضي بالصحة ويبطلان النكاح الاول يجوز اذا لم ياخذ القاضي الكاتب ولا المكتوب اليه رشوة لانه بمنزلة الوصي السابق ولا شبهة ولا خبث في المولد كذا في الكلاية ثم قال الامام ظهير الدين المرغيناني لا يجوز الرجوع الى شافعي المذهب الا في اليمين المضافة اما لو قلد او اقتضى تقليده

لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم يتوجه لا سماع للكافر على المسلم لكنه عدل في التوجيه الى التشبيه فقال فصار كانهما لم يسمعا كلام المسلم لان مراده من التوجيه نفي السماع المعتبر لا نفي حقيقته واذا انتفى الاعتبار صار كانه وجوده كعدمه فصح تشبيه السماع بعدمه على ما هو معنى قوله فصار كانهما لم يسمعا كلام المسلم وتمام هذا الدليل موقوف على ان صغرى القياس منتكسة كنفسها في خصوص هذه المادة لان المطلوب نفي الشهادة لنفي السماع المعتبر فلو ان الشهادة مجرد الحضور كما يعطيه ظاهر القدوري وقد منا ان بين قال به السعدي والاسبيجابي لم يتم ونص القدوري وغيره على اشتراط السماع ولانه المقصود بالحضور فلا يجوز بالاصمين على ما هو الاصح وعن اشتراط السماع ما قدمناه في التزوج بالكتاب من انه لا بد من سماع الشهود ما في الكتاب المشتمل على الخطبة بان تقرأه المرأة عليهم او سماعهم العبارة عنها بان تقول ان فلانا كتب الي يخطبني ثم تشهدهم انها زوجته نفسها اما لو لم تزد على الثاني لا يصح على ما قدمناه في الفروع ولقد ابعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد الناظمين ونص في فتاوى قاضيخان عليه اذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط ان يسمعا معا كلامهما مع الفهم اما الاول فقد ذكر في روضة العلماء انه الاصح واخذ علامة العلماء انه اذا لم يسمع احد الشهود ثم اعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد وعن ابي يوسف رحمه الله ان احد المجلس جاز استحسانا والا فلا وعنه لا بد من سماعهما معا واما الثاني فعن محمد رحمه الله لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز وعنه ان امكنهما ان يعبرا ما سمعا جاز والا فلا وحكى في فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز **قوله** ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك اي ملك عليها لورودها على محل ذي خطر وهو بضع انثى ليست مملوكة محللة من بنات آدم على وجه يقصرها على نفسه لاستيفاء حاجاته منها وهذه من جلائل النعم وهو معنى مناسب الاشتراط احضار السامعين العقلاء اظهارا لتعظيم هذا العقد ليقع في محفل من المحافل وقد ظهر اثر ذلك بايجاب المال عليه ونهاية ان ملك المتعة مشترك فعلم ان اشتراط الشهادة لصحة العقد ليس لملك كل منهما البضع بكل والا لم يختص بلزومه ولا على اعتبار وجوب المهر لها عليه ليكونا شاهدين عليه اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال فيما عهد من تقررات الشرع في موضع ولا على اعتبار ملكها الازدواج المشترك لانه يثبت تبعا لملك البضع ولا يشترط للتوابع والا وجب الاشهاد على شراء الامة للوطء فان ملكه من توابع ملك رقبتها واذا كانت الشهادة لثبوت ملكه عليها كانا شاهدين عليها وهي ميتة فيجوز لذميين فلزمه اظهار خطر بالنسبة اليها شرعا ولهذا لو كانا ذميين حكم الشرع بصحته حتى لو اسلم بقي على الصحة بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان الشهادة اشترطت في العقد بذلك المعنى والعقد يقوم بهما ولا بد من سماعهما

ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل

مباشرا لاتحاد المجلس فيكون الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى الزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يجعل

ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضر شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لا يجوز

بذا ولتقبل شهادتهما عليهما اذا انكرت لا عليه اذا انكر وعند محمد لا تقبل الا ان يقول كان معنا مسلمان وعنه لا تقبل مطلقا لاثباتها فعل المسلم ولا يثبت

بشهادتهما ولو اسلما ثم ادياه تقبل على كل منهما عند حال ان سماعها كلام المسلم معتبر واستمع الاول للكفر وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد الا اذا قالا سمعنا

مسلمان عند العقد ولو كان الشاهدان ابنيها قبل عليها فقط او ابنيه فعليه فقط او ابنيهما فلا يقبل ان على واحد منهما كما لو كانا اعميين او اخرسين

سميعين حيث يصح العقد بهما دلالة او لهما لعدم البصر والتكلم والعدو ان على التفصيل فعدواه يقبلان عليهما لا عليه وعدواه لا يقبلان عليه لا عليهما وعدوهما

لا يقبلان مطلقا اما الانعقاد فيثبت بشهادة الاولاد والاعداء كيف كانوا واما الاخوان بان زوج الاب ابنته بشهادة ابنيه فانكر الزوج وادعاه الاب

وانثبت كبيرة او الامرأة فشهدا لا يقبل ولو كان الزوج هو المدعي والمرأة منكرة او الاب قبلت هذا قول ابي يوسف وعند محمد تقبل وان كان

المدعي الاب او المرأة ايضا والاصل ان كل شيء يدعيه الاب فشهادتهما فيه باطلة وان لم يكن فيه منفعة له لشبهة الابوة عند ابي يوسف لثبوت

منفعته نفاذ كلامه وقال محمد كل شيء للاب فيه منفعة جحدا او ادعى فشهادة ابنيه فيه باطلة وكذا كل شيء وليه مما يكون خصما فيه مثل البيع ونظائره ولم

يعتبر منفعته نفاذا لقول منفعته ولو كانت البنت صغيرة لا تقبل اتفاقا لانها للاب قال الحاكم ابو الفضل في تفسيره ويريد ان الشهادة تبطل في حال

ادعائه من طريق التهمة وكذا في جحوده لو قوبها لغير خصم يدعي انتهى وفسر في المبسوط جحوده بان المراد ان عند جحوده ان كان الآخر جاحدا ايضا لا تقبل

لعدم الدعوى فاما اذا كان الآخر مدعيا فمقبولة وان كان للاب منفعة فيهما كما اذا شهدوا عليه ببيع ما يساوي مائة بالف والمشتري يدعيه وهذا لان

منفعته غير مطلوبة للاب ولا تمنع من قبول شهادتهما وكذا اذا قال لعبده ان كلمك فلان فانت حر فشهد ابنا فلان ان ابا هما كلمه جازت عند محمد

كان الاب جاحدا او مدعيا وعند ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون جاحدا ولو زوج الرجل ابنه ثم شهد مع اخيهما عليهما بالرضاع هي تنكر لا تقبل لان الشهادة

على فعل نفسه مطلقا لا تقبل سواء كان مما هو فيه خصم او لا فروع ولو اقرا بالنكاح بحضرة الشهود وكان تزوجها بغير شهود واختلفوا فيه والاصح انهما

ان سميا المهر ينعقد نكاحا متذاكرا كذا في الدراية وقدمنا انهما اذا اقرا به ولم يكن بينهما نكاحا لا ينعقد الا ان قال الشهود جعلتما هذا نكاحا فقالا نعم

ينعقد لان النكاح ينعقد بالجنس ثم قال قاضي خان رح وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل ان اقرا بعقد ماض ولم يكن بينهما عقد لا يكون نكاحا

وان اقرت انه زوجها وهو انها امرأته يكون نكاحا وتضمن اقرارهما الانشاء بخلاف اقرارهما بماض لانه كذب وهو كما قال ابو حنيفة او قال لامرأته

ليست لي امرأة ونوى به الطلاق يقع كانه قال لاني طلقتك ولو قال لم اكن تزوجها ونوى الطلاق لا يقع لانه كذب محض انتهى يعني

اذا لم تقل الشهود جعلتما هذا نكاحا والحق هذا التفصيل وفي الفتاوى بعث اقواما للخطبة فزوجها الاب بحضرتهم قيل لا يصح وان قبل عن الشهود

انسان لانه نكاح بغير شهود لان القوم كلهم خاطبون من تكلم ومن لا لان التعارف هكذا ان يتكلم واحد ويسكت الباقون والخاطب لا يصير شاهدا

وقيل يصح وهو الصحيح وعليه الفتوى لانه لا ضرورة في جعل الكل خاطبا فيجعل المتكلم فقط والباقي شهود قوله ومن امر رجلا ان يزوج ابنته الصغيرة

فزوجها والاب حاضر بحضرة رجل واحد جاز النكاح وكذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضور رجل واحد او امرأتين او وكيل المرأة بحضور مع امرأتين جاز النكاح

ثم تقبل الشهادة المزوج اذا لم يقل اني زوجتها بل يقول هذه زوجته هذا او انما صح بحضور الواحد لان الوكيل في النكاح سفير ومعبر فيقل عبارة الموكل

فاذا كان من يعبر عنه حاضرا والغرض ان العبارة تنتقل اليه كان مباشرا لان النكاح العبارة تنتقل اليه وهو في المجلس وليس المباشر سوى

هذا بخلاف ما اذا كان غائبا لان انتقال العبارة اليه حال عدم الحضور لا يصير به مباشرا لانه ماخوذ في مفهومه والحضور ضرورة فيقتصر اثره على حال

فصل في بيان المحرمات قال ولا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والجدات امهات

رجوع الحقوق الى الوكيل ولهذا لو زوج وكيل السيد العبد بحضوره مع آخر لا يصح لان العبارة انما تنتقل الى من يتقيد الولاية وهو السيد وهو غائب فظهر من هذا التوجيه ان اشتراط مباشرة حضوره جبري لا يتوقف على ثبوت الحاجة الى اعتباره فاندفع ما اورد من انه تكلف غير محتاج اليه فان الاب يصلح شاهدا فلا حاجة الى اعتباره مباشرا الا في المسئلة الاخيرة في الكتاب وهذا اذا زوج الاب بنته البالغة بحضرة واحد لانها لا تصلح شاهدة على نفسها فانزلت مباشرة ضرورة التصحيح ولو اذن السيد لعبده او مستسعاه بالتزوج فعقد بحضرة واحد مع السيد قيل لا يجوز للانتقال الى السيد لانهما وكيلان عنه والاصح الجواز بناء على منع كونهما وكيلين لان الاذن فك الحجر عنهما فينصرفان بعده لاهليتهما لا بطريق النيابة وما ذكر في مسئلة وكيل السيد ظاهر ان ثبوت الصحة فيما اذا زوج السيد عبده او امته بحضور جامع شاهد محل نظر لان مباشرة السيد ليس فكاكا للحجر عنهما في التزوج مطلقا والاصح في مسئلة وكيله وكذا خالف في صحتها المرغيناني قال وقال الاستاذ في فيما رواية ابان اي في وكيل السيد والسيد قوله واذا جحد احد الزوجين النكاح فانا اصله او شرطه ففي اصله لو جحد الزوج فاقامت بينة به او على اقراره قبلت ولا يكون جحوده طلاقا الا ترى ان الطلاق ينقص العدد وبارتفاع اصل النكاح لا تنقص واما انكار الشرط كانكار الشهادة فان كانت هي المنكرة بان قالت تزوجني بلا شهود وقال الزوج بشهود فالنكاح صحيح وان كان هو القائل ذلك فرق بينهما لاقراره بالحرمة على نفسه فيكون كالفرقة من قبله فلها نصف المهر ان كان قبل الدخول والا فكله ونفقة العدة وهذا بخلاف الانكار واصله لان القاضي كذبه في زعمه فلا يبقى زعمه معتبرا وهنا كذبه في زعمه بحجة ولكن يرجع قولهما لمعنى هو ان الشرط تبع وقد اتفقا على الاصل والاتفاق على الاصل اتفاق على التبع فالمنكر له بعد موافقته على الاصل كالراجع عنه فيبقى زعمه معتبرا في حق نفسه ولذا فرق بينهما وكذا لو قال تزوجتها وهي معتدة او مجوسية ثم اسلمت او واختها عندي او ولها زوج او امته بلا اذن لان هذه الموانع كلها في محل العقد والحال في حكم الشروط بخلاف ما لو ادعى احدهما ان النكاح كان في صغره بمباشرته لانه منكر لاصل النكاح معنى واذا كان القول للمنكر منهما هنا فلا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها قبل البلوغ وان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل للدخول في نكاح موقوف وان كان الدخول بعد البلوغ فهو رضى بذلك النكاح وبعد البلوغ لو اجاز العقد الذي قبله جاز والتمكين من الدخول اجازة ولو كانت هي القائلة تزوجني وانا معتدة وما بعدها الى آخر العصور التي ذكرناها وهو منكر فهي امرأته لما قلنا في الشهادة والله سبحانه اعلم شهد شاهدان انه تزوجها امس والآخر اليوم فهي باطلة فان النكاح وان كان قولا فمن شرائطه ما هو فعل وهو الحضور فكان كالافعال في الاختلاف واختلاف الشهود في المكان والزمان في الافعال يمنع القبول ولان كلا شهد بعقد حضرة واحد والله اعلم

فصل في نكاح المحرمات المحلية الشرعية

من شرائط النكاح وانما افرد هذا الشرط بالفصل على حدة لكثرة شعبه وانتشار مسائله وانتفاء تحلية المرأة للنكاح شرعا باسباب الاول النسب فيحرم على الانسان فروعه وهم بنات اولاده وان سفلن واصوله وهم امهاته وامهات امهاته وآبائه وابنائه وان علون وفروع ابويه وان نزلن فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات اولاد الاخوة والاخوات وان نزلن وفروع اجداده وجداته بطن واحد فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات العمات والاعمام والخالات والاخوال الثاني المصاهرة فيحرم بها فروع نسائه المدخول بهن وان نزلن وامهات الزوجات وجداتهن بعقد صحيح وان علون وان لم يدخل الزوجات وتحرم موطوءة آبائه واجداده وان علوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح وموطوءات ابنائه وابناء اولاده وان سفلوا ولو بزنا والمعقودات لهم عليهن بعقد صحيح والثالث الرضاع يحرم كالنسب وسياتي تفصيله في كتاب الرضاع ان شاء الله الرابع الجمع بين المحارم والاجنبيات كالاختين مع الحرة السابقة عليها الخامس حق الغير كالمنكوحة والمعتدة والحامل بثابت النسب السادس عدم الدين السماوي كالمجوسية والمشركة السابع

اذ الام هو الاصل لغة او تثبت حرمتهن بالاجماع **قال** ولا بنته لما تلونا ولا ببنت ولده وان سفلت

للاجماع ولا بنت اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في

هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة **قال**

ولا بام امرأته التي دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات نسائكم من غير قيد الدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها للنبوت قبل الدخول بالنص

الشافي كنكاح السيدة امته والسيدة عبدها **قوله** اذ الام هي الاصل لغة قال الله تعالى وعنده ام الكتاب وسميت مكة ام القرى لان الارض دحيت من تحتها والمرام الجنائث وعلى هذا يثبت حرمة الجدات بموضوع اللفظ وحقيقته لان الام على هذا من قبيل المشكل **قوله** او تثبت حرمتهن بالاجماع اي ان لم يكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق ان الام مراد به الاصل على كل حال لانه ان استعمل فيه حقيقة فظاهر والا فيجب ان يحكم بارادته مجازا فيدخل الجدات في عموم المجاز والمعرف لارادة ذلك في النص الاجماع على حرمتهن ولم يثبت عند المص اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر في حرمة بنات الاولاد على الاجماع وظاهر بعض الشروح ثبوته حيث قال وكذا الاستدلال في البنات فان بنت البنت تسمى بنتا حقيقة باعتبار ان البنت يراد به الفروع فيتناولها النص حقيقة ومجازا عند البعض وقوله عند البعض يريد اذا استعمل في حقيقته ومجازه عند العراقيين فانهم يجوزونه اذا كان في محلين على ما اسمعناك من التقرير يتناولهن مجازا عند الكل ومن الطرق في تحريم الجدات وبنات الاولاد دلالة النص المحرم للعمات والخالات وبنات الاخ والاخت فعلى الاول لان الاشتقاق منهن اولاد الجدات وهن اقرب اولى وفي الثاني لان بنات الاولاد اقرب من بنات الاخوة **فرعان** الاول لبنت الملاعنة حكم البنت فلو لاعن فنفى القاضي نسبها من الرجل والحقها بالام لا يجوز للرجل ان يتزوجها لانه لا سبيل من ان يكذب نفسه ويدعيها فيثبت نسبها منه الثاني يحرم على الرجل بنته من الزنى لصريح النص المذكور لانها بنته لغة والخطاب انما هو باللغة العربية ما لم يثبت نقل كلفظ الصلوة ونحوه فيصير منقولا شرعيا **قوله** لانه من جهة الاسم عامة اي الجهة التي وضع للاسم مع اعتبارها فاسم الاخ مثلا وضع لاعتبار نسبتها الى اخرى بالمجاورة في صلب او رحم فالاحسن ان يقال باعتبار حلولها ما حلته من صلب او رحم كيلا يقتصر على التوهم وبهذه الجهة تعم المتفرقات فكان حقيقة في الكل بالتواطؤ ويدخل في العمات والخالات بنات الاجداد وان علوا لانهن اخوات اباء اعلون وبنات الجدات وان علون لانهن اخوات امهات عليات وفي بنات الاخ والاخت بناتهن وان سفلن **قوله** ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل فاذا كان نكاح البنت صحيحا اما بالفاسد فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها ويدخل في ام امرأته جداتها **قوله** من غير قيد الدخول عليه عمر وابن عباس وعمران بن الحصين رضي الله عنهم والجمهور واليه رجع ابن مسعود رضي الله عنه على ان تقييد المعطوف بصفة او حال كما في الآية فان من نسائكم حال من الربائب لا يوجب تقييد المعطوف عليه لكن يجوز ولا يمتنع ولهذا خالف فيه علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وناهيك بهما علما فجعلا الدخول قيدا في حرمة امهات النساء وتبعهم بشر المريسي ومحمد بن شجاع ووجه البناء على ان الشرط والاستثناء اذا تعقب كلمات منسوقة انصرف الى الكل وربان المذكور في الآية ليس شرطا بل صفة ولا يلزم وصف المعطوف عليه بوصف المعطوف ثم يبطل جوازه في هذا الموضع باستلزامه كون الشيء الواحد معمولا عاملين وذلك ان النساء المضاف اليه امهات محفوظ بالاضافة والجر وربمن بها فلو كان الموصول وهو قوله اللاتي دخلتم بهن صفة لها لزم ذلك هذا بناء على اعتبار الصفة هنا بمعنى الشرط وابطله في الكشاف بلزوم كون من مستعملا في معنيين متخالفين في اطلاق واحد وهو البيان بالنسبة الى النساء المضاف اليهن امهات والابتداء بالنسبة الى الربائب لانه المناسب فيهما قال الشيخ سعد الدين في حواشيه وما يقال ان الابتداء معنى كلي صادق على جميع معاني من فضرب من التأويل والتشبيه ثم قال نعم قد يستعمل في ايصال شيء فيتناول ايصال الامهات بالنساء لانهن والدات وبالربائب لانهن مولودات فيصح جعل من نسائكم متعلقا بالامهات والربائب جميعا حالا منهما وفائدة ايصال الامهات بالنساء بعد اضافتها اليها في زيادة قيد الدخول لكن الاتفاق على حرمة امهات النساء مدخولات بهن او غير مدخولات بي هذا المعنى فمن هذا جعل متعلقا بربائبكم فقط انتهى ويمكن ان تجعل حالا من النساء المضاف اليهن امهات ومن الربائب لا انه قد يستلزم جعل الحال من المضاف اليه وانما جوزه من جوزه بمسوغ من كون المضاف صالحا للعمل في الحال وجزءا للمضاف اليه وزاد بعضهم شبهة اخرى في صحة حذفه والاستغناء عنه بالمضاف اليه نحو ملة ابراهيم حنيفا

سواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط
ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول قال ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب
لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته
من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين اختين نكاحا ولا بملك يمين وطيا لقوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين

قوله سواء كانت في حجره او في حجر غيره هو مذهب الجمهور وشرطه علي وابن عباس رضي الله عنهم الى قول الجمهور لان قيد الحجر خرج مخرج العادة والغالب ان الغالب
كون البنت مع الام عند زوج الام وهو المراد بالحجر هنا ولو لا ذلك لثبتت الاباحة عند انتفائه بدلالة اللفظ في غير محل النطق عند من يعتبر مفهوم المخالفة
وبالرجوع الى الاصل وهو الاباحة عند من لا يعتبر المفهوم لان الخروج عنه الى التحريم مقيد بقيد فاذا انتفى القيد رجع الى الاصل لا بدلالة اللفظ قوله
ولهذا اي ولكونه لم يعتبر قيدا في الحرمة اكتفى في موضع نفي الحرمة بنفي الدخول بقوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم فحيث خصه في موضع
النفي بالذكر علمنا انه المعتبر في اضافة الحرمة والا لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم او قال لم تكونوا دخلتم بهن او ليس في حجوركم
جريا على العادة في اضافة نفي الحكم الى نفي تمام العلة المركبة او احد جزئيها الدائر وان صح اضافته الى نفي جزئيها المعين لكنه خلاف المستمر من الاستعمال
هذا ويدخل في الحرمة بنات الربيبة والربيب وان سفل لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والاباء لانه اسم خاص لهن فلذا جاز التزوج بام زوجة الابن
وبنتها وجاز للابن التزوج بام زوجة الاب وبنتها قوله ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء اعلم ان امرأة الاب والاجداد
تحرم بمجرد العقد عليها والآية المذكورة استدل بها المشايخ صاحب النهاية وغيره على ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا بناء على ارادة الوطء بالنكاح فان
اريد من حرمة امرأة الاب والجد ما يطابقها من ارادة الوطء قصر عن افادة تمام الحكم المطلوب حيث قال ولا بامرأة ابيه وتصدق امرأة الاب بعقده
والا لم يفد الحكم في ذلك المحل فانما يصح على اعتبار لفظ النكاح في لفظ الآباء في معنى مجازي يعم العقد والوطء وذلك النظر في تعيينه ويحتاج الى دليل
يوجب اعتباره في المجازي وليس لكان تقول تثبت حرمة الموطوءة بالآية والمعقود عليها بالاجماع لانه اذا كان الحكم الحرمة بمجرد العقد ولفظ الدليل صالحا له
كان مرادا منه بلا شبهة فان الاجماع تابع للنص والقياس عن احدهما يكون ولو كان عن علم ضروري يخلق لهم ثبت بذلك ان ذلك الحكم مراد من كلام الشارع اذا
احتمل قوله لقوله تعالى وحلائل ابنائكم لان اعتبر الحلائل من حلول الفراش او حل ان تناوله الموطوءة بملك اليمين او شبهه او زنا فيحرم الكل على الاباء كحلائل الثابت كما تحرم الزنى بها
ومن ذكرنا للاباء على الابناء ولا يتناول المعقود عليها للابن او بنته وان سفلوا قبل الوطء والفرض انها بمجرد العقد تحرم على الاباء وذلك باعتبار ومن المحل بكسر الحاء وقد قام الدليل
على حرمة الزنى بها للابن على الاب وهو ما سنذكره في موضعه فيجب اعتباره في اعم من المحل والحل ثم يراد بالابناء الفروع فيحرم حليلة الابن اسافل على الجد الاعلى كما تحرم حليلة
الابن من النسب تحرم حليلة الابن من الرضاع وذكر الاصلاب في الآية لاسقاط حليلة المتبنى وذكر بعضهم فيه خلافا للشافعي والمنقول عنهم ان ذكر الاصلاب لاحلال حليلة المتبنى
لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع كمذهبنا فلا خلاف قوله ولا بامه من الرضاعة كل ما ذكرنا انه يحرم من اول الفصل الى هنا يحرم من الرضاع حتى لو ارضعت
امرأة صبيا حرم عليه زوجة زوج المرضعة الذي نزل لبنها منه لانها امرأة ابيه من الرضاعة ويحرم على زوج المرضعة امرأة هذا الصبي لانها امرأة ابنه من الرضاعة
وسنستوفي ان شاء الله تعالى في كتاب الرضاع قوله ولا يجمع بين اختين نكاحا اي عقدا ولا بملك يمين وطأ وهذان تمييزان لنسبة اضافية والاصل بين نكاح
اختين ووطئهما مملوكتين ولا فرق بين كونهما اختين من النسب او الرضاعة حتى قلنا لو كان له زوجتان رضيعتان ارضعتهما اجنبية فسد نكاحهما وعند
الشافعي يفسد نكاح الثانية فقط واستدل بقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف بناء على ان التحريم المذكور اول الآية اضيف بواسطة العطف
الى الجميع وهو اعم من كونه عقدا او وطيا وعن عثمان رضي الله عنه اباحة وطء المملوكتين قال احلتهما آية وحرمتهما آية وهما هذه وقوله تعالى وما ملكت ايمانكم فرجح الحل
قيل الظاهر ان عثمان رضي الله عنه رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يعتد بخلاف اهل الظاهر وتقدير عدمه
فالمرجح التحريم عند المعارضة والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر لم اعثر عليه وفي الباب احاديث كثيرة

فان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان له يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة الجمع الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع وطيا ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطيا اذ المرقوقة ليست موطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر فتعين التفريق

منها ما في الصحيحين عن ام حبيبة قالت يا رسول الله انكح اختي الحديث الى ان قال انها لا تحل لي وحديث ابي داود عن الترمذي عن ابي وهب الجيشاني انه سمع الضحاك بن فيروز يحدث عن ابيه فيروز الديلمي قال قلت يا رسول الله اني اسلمت وتحتي اختان قال طلق ايتهما شئت قال الترمذي حسن غريب وصححه البيهقي وابن حبان ولفظ ابي داود اختر ايتهما شئت قوله فان تزوج اخت امة له قد وطيها صح النكاح خلافا لبعض المالكية وجه قولهم ان المنكوحة موطوءة حكما باعتبار انكم فيصير بالنكاح جامعا وطيا حكما وهو باطل باعتبار انكم لانكم علمتم عدم جواز وطئ الامة وان لم يكن وطئ المنكوحة بلزوم الجمع وطيا حكما وقلتم ان حكم وطئ الامة السابق قائم حتى استحب له لو اراد بيعها ان يستبرئها وما قيل حال صدور العقد لا يكون جامعا وطيا بل بعد تمامه فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فان صدوره من اهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا في نفسه لكنه يستلزمه حيث كان لكن هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد في صفحات كلامهم مواضع علل المنع فيها بمثله وقد يجاب بان هذا اللازم بيده ازالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع من الوطئ بعد بالقيام اذ ذاك قوله ولا يطأ الامة الحاصل انه لا يطأ واحدة منهما بعد العقد حتى يحرم الامة على نفسه بسبب كبيع للكل او البعض والهبة مع التسليم والاعتاق او بالكتابة والتزويج وعن ابي يوسف رحمه الله لا تحل المنكوحة بالكتابة وعنه لو ملك فيها غيره لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة بعد وطيها لاحتمال كونها حاملا منه فعلى هذا لو حاضت بعد الوطئ قبل التمليك حلت المملوكة بمجرد التمليك وجه الظاهر ثبوت الحرمة بالكتابة وهو المقصود ومن هنا قال الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله تحل المنكوحة قبل تحريم المرقوقة بسبب لان حرمة وطيها قد ثبت بمجرد العقد فلا حاجة الى اشتراط التحريم بسبب آخر واجيبوا بان حكم الوطئ المرقوقة قائم حتى لو اراد بيعها استحب له ابراؤها فالوطئ يكون جامعا وطيا حكما واطلاق الآية يمنعه هذا كلامهم وهو مصرح بما وعدناه آنفا وهذا اذا كان النكاح صحيحا بخلاف الفاسد الا اذا دخل بالمنكوحة فيصح تحريم الموطوءة لوجود الجمع حقيقة لانه وطئ معتبر تترتب الاحكام عليه قوله لان المرقوقة ليست موطوءة حكما لان ملك اليمين لم يوضع للوطئ بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة فرع لو اشترى اختين ليس له وطيهما فان وطئ احديهما او لمسها بشهوة لم يحل له وطئ الاخرى حتى يحرم الاخرى بسببه ولو وطيهما اثم ثم لا تحل له وطئ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب ولو باع احديهما او وهبها او زوجها ثم ردت المبيعة او رجع في الهبة او طلقت المنكوحة او انقضت عدتها لم يحل وطئ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب كما كان اولا قوله فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما هذا التفريع على حرمة الجمع وقيد بعقدتين اذ لو كانا في عقدة بطلا يقينا وبعدم علم الاولية اذ لو علم صح النكاح الاول وبطل الثاني وله وطئ الاولى الا ان يطأ الثانية فتحرم الاولى الى انقضاء عدة الثانية كما لو وطئ اخت امرأة بشبهة حيث تحرم امرأته ما لم تنقض عدة ذات الشبهة وفي الدراية عن الكامل لو زنى باحد الاختين لا يقرب الاخرى حتى تحيض الاخرى حيضة وهذا مشكل والله سبحانه اعلم قوله ولا وجه للتعيين لعدم الاولوية طولب بالفرق بين هذا وما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل اجيب بامكانه هناك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فلان يدعي نكاح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت هنا نكاح واحدة منهما بعينها فدعواه تمسكا بما لم يتحقق ثبوته قوله ولا الى التنفيذ مع التجهيل اي تنفيذ نكاحهما مع جهل المحللة منهما لانه تنفيذ الجمع بين الاختين او تنفيذ نكاح احدهما مع تجهيله بان ينفذ الاحد الدائر بينهما لعدم الفائدة وهو حل الاستمتاع اذ لا يقع الا في معينة ولا حل في المعينة او للضرر عليه بالزامه النفقة وسائر الواجب مع عدم حصول المقصود وعليها الصيرورتها معلقة لا ذات بعل في حق الوطئ ولا مطلقة ولتطرر الاولى لو وقع تعيينه لغيرها وهي الصحيحة والثانية لوقوعها

ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل بالاولية فينصرف اليهما وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى واصطلاح لجهالة المستحقة ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة

في الوطء الحرام وفي هذا نظر اذ لا ضرر فيه في الدنيا وهو ظاهر ولا في الآخرة لعدم قصد التحالف لا ثم ولو قال للضرر بالولد كان اولى لان كلا منهما لازم فتنفيذ التجهيل فتعين التفريق والظاهر انه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك ان وقع قبل الدخول فلان يتزوج احدهما شاء المحال او بعده بها فليس له باي واحدة منهما شاء حتى تنقضي عدتها وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله تزوج التي انقضت عدتها دون الاخرى كيلا يصير جامعا وان بعده باحدهما فله ان يتزوجها في الحال دون الاخرى فان عدتها تمنع من تزوج اختها **قوله** ولها نصف المهر المسمى لهما بناء على ان التفريق قبل الدخول مع تساوي مهريهما جنسا وقدرا سواء برئت كل على انها سابقة او واطئة فقط اما لو قالت لا ندري السابقة منا لم يقض بشيء فلو كان التفريق بعد الدخول وجب لكل منهما مهر كامل وفي النكاح الفاسد يقضى بمهر كامل وعقر كامل ويجب حمله على ما اذا اتحد المسمى لهما قدرا وجنسا اما اذا اختلف فتعذر ايجاب عقر وليست احداهما اولى بجعلها ذات العقر من الاخرى لانه فرع الحكم بانهما الموطوءة في النكاح الفاسد بدليل ان الفاسد ليس حكم الوطء فيه اذا سمي فيه العقر بل الاقل من المسمى ومهر المثل ولو اختلفا جنسا وقدرا يقضى لكل بربع مهر ما وان لم يكن في العقد تسمية تجب متعة واحدة لها بدل نصف المهر وكل هذه الاحكام المذكورة بين الاختين ثابتة بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم والتقييد المذكور بقوله وقيل لابد من دعوى كل واحدة منهما اي دعواها انها الاولى او يصطلحان بان يقول نصف المهر لنا عليه لا يعدو ان نصطلح على اخذه ذكره المشايخ يندفع به قول ابي يوسف انه لا شيء لها لجهالة المقضي لها فهو كما لو قال لاحد ابنيه عندي الف لا يقضى لشيء لجهالة المقضي له وعن محمد ان عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لان الزوج اقر بجواز نكاح احدهما فيجب مهر كامل وجوابه انه يستلزم ايجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه فان ايجاب كمال حكم الموت او الدخول **قوله** ولا يجمع بين امرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها تكرار لغير داع الا ان يكون المبالغة في نفي الجمع بخلاف ما في الحديث من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ذلك لا يتزوج فانه لا يستلزم منع نكاح المرأة على عمتها او خالتها منع القلب بجواز تخصيص العمة والخالة بمنع نكاح ابنة الاخ والاخت عليها دون ادخالها على الابنة لزيادة تكررها على الابنة قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام في الصحيحين وليس حرمة نكاح الامة على الحرة مع جواز القلب فكان التكرار لدفع توهم ذلك بخلاف المذكور في الكتاب فانه لم يذكره الا بلفظ الجمع فلا يجري فيه ذلك الوهم وهذا ظاهر وغير هذا الحديث الذي ورد بلفظ الجمع لم يرد فيه على قول لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها انتهى في الصحيح **قوله** وهذا مشهور اي الحديث المذكور ثابت في صحيحي مسلم وابن حبان رواه ابو داود والترمذي والنسائي وبلفظه الصدر الاول بالقبول من الصحابة والتابعين ورواه الجم الغفير منهم ابو هريرة وجابر وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابو سعيد الخدري فيجوز الزيادة به على الكتاب يعني بالزيادة هنا تخصيص عموم قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم لا الزيادة المصطلحة من تقييد المطلق مع ان العموم المذكور مخصوص بالمشركة والمجوسية وبناته من الرضاعة فلو كان من اخبار الآحاد جاز التخصيص ايضا غير متوقف على كونه مشهورا والظاهر انه لا بد من ادعاء الشهرة لان الحديث موقعه النسخ لا التخصيص لان قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ناسخ لعموم قوله تعالى واحل لكم اذا لو تقدم لزم نسخه بالآية فيلزم حل المشركات وهو منتف او تكرار النسخ وحاصله فلا يخالف الاصل بيان الملازمة انه يكون السابق حرمة المشركات ثم نسخ بالعام وهو احل لكم ما وراء ذلكم يجب تقدير ناسخ آخر لان الثابت الآن الحرمة **قوله** ولا يجمع بين امرأتين لو كانت كل واحدة منهما ذكرا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى شيء بعد ذكر ذلك الفرع باصل كلي يخرج عليه هو وغيره وكمرمة الجمع بين عمتين وخالتين وذلك ان يتزوج كل من رجلين ام الآخر فيولد لكل منهما بنت فيكون كل من البنتين عمة الاخرى او يتزوج كل من رجلين بنت الآخر فيولد لهما بنتان فكل من البنتين خالة للاخرى فيمتنع الجمع بينهما والدليل على اعتبار

والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع تحرم لما روينا من
قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأته وبنت زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر لا يجوز
لان ابنة الزوج لو قدرتها ذكرا لا يجوز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج
بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وبنتها وفي الشافي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانه تعد فلا ينال بالخطور

الاصل المذكور ما ثبت في الحديث برواية الطبراني وهو قوله فانهم اذا فعلتم ذلك قطعتم ارحامكم وروى ابو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدي الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة يفترض وصلها وهي ما تضمنه
الاصل المذكور وبه تثبت الحجة على الروافض والخوارج وعثمان البتي على ما نقل عنه وداود الظاهري في اباحة الجمع بين غير الاختين وقد روي في خصوص العمتين
والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كره ان يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين
والخالتين وان تكلم في خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد قوله والقرابة المحرمة للنكاح اي بمقتضى آية المحرمات محرمة للقطع على اسم الفاعل فيهما وفي الجمع
القطع فلا يحل وفي بعض النسخ محرمة للقطع على اسم المفعول في الثاني اي انما حرمت للقطع فانه عادة يقع التشاجر بين الزوجتين فيفضي الى القطيعة
فلذلك حرمت تلك القرابات المنصوص عليهن في الآية اعني حرمت عليكم امهاتكم الى آخرها على الرجل وان كان في بعضها غير ذلك ايضا كمنافاة الاحترام الواجب
للامهات والعمات والخالات بالافتراش فيكن اوراجه في القطيعة ولا شك ان الجمع افضى اليه لاكثرية المضارة بين الضرائر فكانت حرمة الجمع اولى من حرمة الزنا
قوله ولو كانت المحرمية بينهما اي بين المرأتين بسبب الرضاع لا يحل الجمع لما روينا من قبل وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب
ولا يجوز ان يجمع بين الاختين من الرضاع او امرأة وابنة اخيها من الرضاع لانها عمتها او امرأة وابنة اختها من الرضاع لانها خالتها من الرضاع قوله لانه
لا قرابة بينهما ولا رضاع يعني ان الموجب لاعتبار ذلك الاصل وهو حرمة الجمع بين امرأتين لو كانت كل منهما ذكرا حرم عليه الاخرى هو قيام القرابة المفترض وصلها
او الرضاع المفترض وصل متعلقه واحترامه حتى لا يجوز ان يجمع بين اختين من الرضاع او عمة او خالة وابنة اخ او اخت من الرضاع وكذا كل محرمية
بسبب الرضاع وكلاهما منتف في الربيبة وزوجة الاب فكان تحريم الجمع بينهما قولا لا بدليل وهذه اعني مسئلة الجمع بين الربيبة وزوجة ابيها مما اتفق عليه الائمة
الاربعة وقد جمع عبد الله بن جعفر بين زوجته علي وبنته ولم ينكر عليه احد من اهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز اخرجه
الدارقطني عن قثم مولى ابن عباس رض قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت علي وامرأة علي رض وذكره البخاري تعليقا قال وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة علي وامرأته وتعليقاته
صحيحة قال ابن سيرين وكرهه الحسن مرة ثم قال لا بأس به وقد مر قريبا انه لا بأس ان يتزوج الرجل امرأة ويتزوج ابنها او بنتها لانه لا مانع وقد تزوج محمد ابن الحنفية
الرجل امرأة وزوج ابنته بنتها قوله ومن زنا بامرأة حرمت عليه امها وان علت فتدخل الجدات بناء على ما قدمنا من الام هي الاصل لغة وابنتها وان سفلت
وكذا تحريم المزني بها على اباء الزاني واجداده وان علوا وابنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزاني فان افضاها لا تثبت هذه المحرمات لعدم تيقن كونه في الفرج
الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن ابي يوسف اكره له الام والبنت وقال محمد التزاحب الي ولكن لا افرق بينه وبين امها وقد يقال اذا كان المس بشهوة
تنتشر بها الآلة محرما يجب القول بالتحريم اذا افضاها ان لم ينزل وان انزل فعلى الخلاف الآتي وان انتشر به او زاد انتشاره كما في غيره والجواب ان العلة
هو الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق في صورة الافضاء ذلك اذ لم يتحقق كونه في القبل ولا بد من كونها
مشتهاة حالا او ماضيا وعن ابي يوسف اذا وطئ صغيرة لا تشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء ولهما ان العلة وطء سبب للولد وهو منتف في الصغيرة
التي لا تشتهى بخلاف الكبيرة لجوازه وقوعه لابراهيم وزكريا عليهما السلام وله ان يقول الامكان العقلي ثابت فيهما والعادي منتف عنهما وتساويا لم يقتضيان
على خلاف العادة لا توجب ان الثبوت العادي ولا يخرجان العادة عن النفي ولا يتعلق بالوطء في الدبر حرمة خلافا لما عن الاوزاعي واحمد ووجهه ما تضمنه الجواب
المذكور وبقولنا قال مالك في رواية واحمد خلافا للشافعي ومالك في اخرى وقولنا قول عمر وابن مسعود وابن عباس في الاصح وعمران بن حصين وجابر

ولنا ان الوطي سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فيصير اصولها وفروعها كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا

وابي وعائشة وجمهور التابعين كالبصري والشعبي والنخعي والاوزاعي وطاوس وعطاء ومجاهد وعطاء وسعيد بن المسيب وسليمن بن يسار وحماد والثوري واسحق بن راهويه ولو ولدت منه بنتا بان زنى ببكر وامسلها حتى ولدت بنتا حرمت عليه هذه البنت لانها بنته حقيقة وان لم ترثه ولم تجب نفقتها عليه لم تصر امهاتها امهات اولاده لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش فان المراد الولد الذي يترتب عليه احكام الشرع الا ان حكم الحرمة عارضه فيه قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم والمعروفة من باية بنته حقيقة لغة ولم يثبت نقل في اسم البنت والولد شرعا والاتفاق على حرمة الابن من الرق على امه فعلمنا ان حكم الحرمة مما اعتبر فيه جهة الحقيقة ثم هو الجاري على المعهود من الاحتياط في امر الفروج وبحرمة البنت من الزنى قال مالك في المشهور واحمد خلافا للشافعي وعلى هذا الخلاف اخته من الزنى وبنت اخيه او ابنه منه بان زنى ابوه او اخوه او اخته او ابنه فاولد وابنتا فانها تحرم على الاخ والعم والخال والجد وقوله ظاهر من الكتاب قوله ولنا ان الوطي سبب الحرمة اعلم بان الدليل يتم بان يقال هو وطي سبب للولد فيتعلق به التحريم قياسا على الوطي الحلال بناء على انعاء وصف الحل في المناط وهو يعتبره فهذا منشاء الافتراق ونحن نبين انعاء شرعا بان وطي الامة المشتركة وجارية الابن والمكاتبة والمظاهر منها وامة المجوسية والحائض والنفساء ووطي المحرم والصائم كله حرام وتثبت به الحرمة المذكورة فعلم ان المعتبر هو الاصل هو ذات الوطي من غير نظر لكونه حلالا او حراما وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام غير مجرى على ظاهره ارايت لو بال او صب خمرا في ماء قليل مملوك الم يكن حراما مع انه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما ونحن نقول بموجبه اذ الم نقل باثبات الزنى حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطاء هذا وصح الحديث لكن حديث ابن عباس رض مضعف بعثمن بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري والنسائي وابو داود ليس بشيء وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن ابي فروة وهو متروك وحديث عائشة رض ضعف بانه من كلام بعض قضاة العراق قاله الامام احمد وقيل من كلام ابن عباس رض وخالفه كبار الصحابة وقد استدل بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء بناء على ان المراد بالنكاح الوطي اما لانه الحقيقة اللغوية او مجاز يجب الحمل عليه بقرينة قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا وانما الفاحشة الوطي لا نفس العقد ويمكن منع هذا بل نفس لفظ الذي وصفه الشارع لاستباحة الفروج اذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء اي المعقود عليهن لهم بعد ما جعله الله قبيحا قبيح وقدمنا المصاهرة اعتبارا بالآية ودليلا على تحريم المعقود عليها للاب وقد روى اصحابنا احاديث فيه منها قال رجل يا رسول الله اني تزوجت امراة في الجاهلية افانكح ابنتها قال لا ارى ذلك ولا يصح ان تنكح امراة تطلع من ابنتها على ما تطلع عليه منها وهو مرسل ومنقطع وفيه ابو بكر بن عبد الرحمن بن ابنة حكيم ومن طريق ابن وهب عن ابي يوسف عن ابن جريج ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي يتزوج المرأة لا يتزوج امها ابنتها وهو مرسل ومنقطع الا ان هذا لا يقدح عندنا اذا كانت الرجال ثقات فالحاصل ان المنقولات تحكمات وقوله نعمة فلا تنال بالخطر مغالطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق وهذا التسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه بل من حيث هو يترتب على المصاهرة فحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا عضدا وساعدا يتهم ما اهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وفايدتها ايضا اذ الانسان ينفر عن الزنى ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فانا ننتفع به فالمرجع القياس وقد بينا فيه انعاء وصف زايد على كونه وطاء وظهر ان حديث الجزئية واضافة الولد الى كل منهما كملا لا يحتاج اليه في تمام الدليل الا ان الشيخ رحمه الله ذكره بيانا لحكمة العلة يعني ان الحكمة في وجوب الحرمة بهذا الوطي كونه سببا للجزئية بواسطة الولد المضاف الى كل منهما كملا وهو ان الفصل فلا بد من اختلاطهما ولا يخفى ان الاحتياط

ومن مس امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها

يحتاج تحققه الى الولد والا لم تثبت الحرمة بوطئ غير معلق اذ الواقع خلافه فتضمنت جزءه والاستمتاع بالجزء حرام لقوله صلى الله عليه وسلم ناكح اليد ملعون الا في موضع الضرورة وهي المنكوحة والا لاستلزم البقاء تزوجا عظيما تضيق عنه الاموال والنساء واذا تضمنت جزءه صارت امهاتها كامهاته وبناتها كبناته فيحرمن عليه كما تحرم امهاته وبناته حقيقة ونقول هو لا وجه ان بالانفصال لا تنقطع نسبة الجزئية وهي المدار وعند عدم العلوق غايته ما يلزم لون المظنة خالية عن الحكمة وذلك لا يمنع التعليل كالملك المزيل قوله ومن مس امرأة بشهوة اي بدون حائل او بحائل رقيق يصيب حرارة البدن الى اليد وقيل المدار وجود الحجم وفي مس الشعر روايتان ونقل فيه اختلاف المشايخ ومسه امرأة كذلك ويشترط كونها مشتهاة حالا او ماضيا فلو مس عجوزا لشهوة او جامعها تثبت الحرمة وكذا اذا كانت صغيرة تشتهى قال ابن الفضل بنت تسع مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس فما دونها لا بلا تفصيل وبنت ثمان وسبع او ست ان كانت جميلة كانت مشتهاة والا فلا وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن اربع سنين زوجة ابيه لا تثبت حرمة المصاهرة وهذا ما وعدنا من قريب ولا فرق في ثبوت الحرمة بالمس بين كونه عامدا او ناسيا او مكرها او مخطئا حتى لو ايقظ زوجته ليجامعها فوصلت يده الى بنت منها فقرصها بشهوة وهي ممن تشتهى يظن انها امها حرمت عليه الام حرمة مؤبدة وكذا ان تصورها من جانبها بان ايقظته هي كذلك فقرصت ابنها منه وقوله بشهوة في موضع الحال فيفيد اشتراط الشهوة حال المس فلو مس لغير شهوة ثم اشتهى عن ذلك المس لا تحرم عليه وما ذكر في حد الشهوة من ان الصحيح ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو قول السرخسي رحمه الله وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى ان يميل قلبه ويشتهي جماعها وفرع عليه بالو انتشر فخطب امرأة فاوجع بين فخذي بنتها خنصره لا يحرم عليه الام ما لم يزداد الانتشار ثم هذا الحد في حق الشاب اما الشيخ والعنين فحدهما تحرك قلبه او زيادة تحركه ان كان متحركا لا مجرد ميلان النفس فانه يوجد فيمن لا شهوة له اصلا كالشيخ الفاني والمراهق كالبالغ حتى لو مس واقرانه بشهوة تثبت الحرمة عليه وكان ابن مقاتل لا يفتي بالحرمة على هذين لانه لا يعتبر الا تحرك الآلة ثم وجود الشهوة من احدهما كاف ولم يجدوا والحد المحرم منها في حق الحرمة واقله تحرك القلب على وجه يشوش الخاطر هذا وثبوت الحرمة بمسها مشروط بان يصدقها او يقع في اكبر رايه فصدقها وعلى هذا ينبغي ان يقال في مسها ايانا لا تحرم على ابيه وابنه الا ان يصدقا او يغلب على ظنهما صدقه ثم رايت عن ابي يوسف رحمه الله انه ذكر في الامالي ما يفيد ذلك قال امرأة قبلت ابن زوجها وقالت كان عن شهوة ان كذبها الزوج لا يفرق بينهما ولو صدقها وقعت الفرقة ووجب نصف المهر ان كان قبل الدخول ويرجع به على الاب ان تعمد الفساد ولو وطئها الابن حتى وقعت الفرقة ووجب نصف المهر لا يرجع على الابن لانه وجب الحد بهذا الوطئ فلا يجب المهر وتقبل الشهادة على الاقرار بالمس والتقبيل بشهوة ولو اقر بالتقبيل وانكر الشهوة ولم يكن انتشار في بيوع الاصل والمنتقى يصدق وفي مجموع النوازل لا يصدق لو قبلها على الفم قال صاحب الخلاصة وبه كان يفتي الامام خالي وقال القاضي الامام يصدق في جميع المواضع حتى ايته اتى في المرأة اذا اخذت ذكر الختن في الخصومة فقالت كان عن غير شهوة انها تصدق انتهى ولا اشكال في هذا فان وقوعه في حالة الخصومة ظاهر في عدم الشهوة بخلاف ما اذا قبلها منتشرا فانه لا يصدق في دعوى عدم الشهوة والحاصل انه اذا اقر بالنظر وانكر الشهوة صدق بلا خلاف وفي المباشرة اذا قال بلا شهوة لا يصدق بلا خلاف فيما اعلم وفي التقبيل اذا انكر الشهوة اختلف فيه قيل يصدق لانه لا يكون عن شهوة غالبا الا ان يظهر خلافه بالانتشار ونحوه وقيل يقبل وقيل بالتفصيل بين كونه على الرأس والجبهة والخد فيصدق او على الفم فلا والارجح هذا الا ان الخد اي الحاقه بالفم ويحمل ما في الجامع في باب قبول ما يقام عليه البينة ان هذا المدعي تزوج امها او قبلها او لمسها بشهوة على ان قوله بشهوة قيد في اللمس والقبلة بناء على ارادة القبلة على الفم ونحوه او في اللمس

وقال الشافعي لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة لان المس والنظر ليسا في معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم ان المس بشهوة ان ينتشر الآلة او تزداد انتشارها هو الصحيح والمعتبر للنظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند الكافة او لمس فانزل فقد قيل انه يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه يالانزال تبين انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة في الدبر واذا طلق امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها

فقط ان اريد غير الفم ونحوه والحاصل ان الدعوى اذا وقعت الظاهر قبلت والا ردت فيرامي الظهور وفي المحيط لو كان لرجل جارية فقال وطئتها لا تحل لابنه وان كانت في غير ملكه تحل لابنه ان كذبه لان الظاهر يشهد له **قوله** وقال الشافعي رح لا تحرم قيل عليه ان ثبوت خلافه مستفاد من المسئلة السابقة بطريق اولى فلا حاجة الى نقله مرة اخرى اجيب بان المس المتكلم فيه هيهنا مفروض في الحلال وان كان لا تفاوت عندنا بين المس الحلال والحرام وثبوت خلاف في المس الحلال لا يوقف عليه بالسابقة وح لا بد من فرض كون المحسوس امه على ما في شرح المجمع حيث قال المراد بالمرأة المنظور اليها يعني التي فيها خلاف الشافعي لا امه يعني امه لانه اما ان يراد المنكوحة او الاجنبية او الامة لا سبيل الى الاول لان ام المنكوحة حرمت بالعقد وبنتها بالنظر والمس لان حرمتها جميعا بالنظر والمس فلا يستقيم في المنكوحة الا فائدة تحريم الربيبة دون الام ولا سبيل الى الاجنبية لان الدخول بها لا يوجب حرمة المصاهرة عند الشافعي رح **قوله** والمعتبر النظر الى الفرج الداخل وعن ابي يوسف النظر الى منابت الشعر محرم وقال محمد ينظر الى الشق وجه ظاهر الرواية ان هذا الحكم يتعلق بالفرج والداخل فرج من كل والخارج فرج من وجه وان الاحتراز عن النظر الى الفرج الخارج متعذر وسقط اعتباره انتهى ولقائل ان يمنع الثاني ويقول في الاول قد تقدم للمصنف في فصل الغسل من اول الكتاب ما اذا انقل نظيره الى هنا كان هذا التعليل موجبا للحرمة بالنظر الى الخارج وهو قوله ولنا انه متى وجب من وجه فالاحتياط في الايجاب والموضع الذي نحن فيه موضع الاحتياط وقد يجاب بان نفس هذا الحكم وهو التحريم بالمس ثبوته بالاحتياط فلا يجب الاحتياط في الاحتياط **فروع** النظر من وراء الزجاج الى الفرج محرم بخلاف النظر في المرآة ولو كانت في الماء فنظر فيه فرأى فرجها فيه تثبت الحرمة ولو كان من على الشط فنظر في الماء فرأى فرجها لا يحرم كان العلة واحدة علم ان المرئي في المرآة مثاله لا هو وبهذا علم ان الحنث فيما اذا حلف لا ينظر الى وجه فلان فنظره في المرآة والماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئي بخلاف المرآة ومن الماء وهذا ينفي كون الابصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الاشعة والاكراه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيها بخلاف المرئي في الماء لان البصر ينفذ فيه اذا كان صافيا فيرى نفس ما فيه وان كان لا يراه على الوجه الذي هو عليه ولهذا كان له الخيار اذا اشترى سمكة رآها في الماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة وتحقيق سبب اختلاف المرئي فيه في قن آخر ثم شرط الحرمة بالنظر او المس ان لا ينزل فان انزل فقال الازرجندي وغيره يثبت لان بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لا يوجب ضعفا بعد الثبوت والمختار لا يثبت كقول المصنف وشمس الائمة والبزدوي بناء على ان الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر انه لم ينزل حرمت والا لا والاستدلال واضح في الكتاب الا ان اقامة السبب اذا نيط الحكم بالمسبب انما يكون لخفاء المسبب والا فهو تعليق بغير المناط لغير حاجة والاولى ادعاء كون المناط شرعا نفس الاستمتاع بمحل الولد بالنظر والمس نظرا الى ان الآثار جاءت بالحرمة في اللمس ونحوه وقد روي في الغاية السمعانية حديث ام هانئ عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من نظر الى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وفي الحديث ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وعن عمر رضي الله عنه انه جرد جارية ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنته فقال اما انها لا تحل لك وهذا ان تم كان دليلا لابي يوسف في كون النظر الى منابت الشعر كاف وعن ابن عمر قال اذا جامع الرجل المرأة وقبلها او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وابنتها وعن مسروق انه قال هي جارية هذه اما انني لم اصب منها الا ما يحرمها على ولدي من المس والقبلة **قوله** لم يجز ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وفي المبسوط لا تتزوج المرأة في عدة اختها من نكاح فاسد او جائز عن طلاق بائن وقال الشافعي رح ان كانت العدة عن طلاق بائن جاز وعلى هذا الخلاف تزوج اربع سوى المعتدة عن بائن بقول مالك وبقولنا قال احمد وهو قول علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعبيدة السلماني ومجاهد والثوري والنخعي وروي مثله عن زيد بن ثابت فلان ابا يوسف ذكر في الامالي

حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي رحمه الله ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز انقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود ويجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا

رجوع زيد رضي عن هذا القول وكذا ذكره الطحاوي رحمه الله حكى ان مروان شاور الصحابة رضي في هذا واتفقوا على التفريق بينهما وخالفهم زيد ثم رجع الى قولهم وقال عبيدة ما اجتمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الاخت في عدة الاخت والمحافظة على اربع قبل الطهر ثم ان محل النزاع تجاذبه اصلان الطلاق الرجعي وما بعد انقضاء العدة فقاس البائن على الثاني بجامع انقطاع النكاح اعمالا للقاطع وهو الطلاق البائن ويدل على انقطاعه انه لو وطيها عالما بالحرمة حد وقسنا على الاول بجامع قياس النكاح بناء على منع انقطاعه بالكلية وهذا لانه ليس معنى قولنا النكاح قائم حال قيام العصمة والزوجية فضلا عن حالة وقوع الطلاق الرجعي لاقيام احكامه الا ان لفظ تزوجت وزوجت ثلاثا بجر والانقضاء فقيامه بعده ليس الا قيام حكمه الراجع الى الاختصاص استمتاعا وامساكا وقد بقي الامساك والفراش في حق ثبوت النسب حال قيام عدة البائن فبقي النكاح من وجه واذا كان قائما من وجه حرم تزوج اختها واربع سواها من وجه فتحرم مطلقا الحاقا بالرجعي او بما لا يحصى من الاصول التي اجتمع فيها جهتا تحريم واباحة مع وجوب الاحتياط في امر الفروج ويخص تزوج الاخت في عدة الاخت دلالة النص المانع من الجمع بين الاختين فانه علل فيه بالقطيعة وهي هنا اظهر والزم فان مواصلة اختها في حال حبسها بلا استمتاع اغيظ لها من مواصلتها مع مشاركتها في المتعة والفرع المستدل به على الانقطاع بالكلية ممنوع فان الحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا انكره ففيه دليل على انه لو اقر بنسبه يثبت ويستلزم ان الوطء في عدة الثلث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد والا لم يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد وان سلم كما في عبارة كتاب الحدود فغايته ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به على ما سنعلمه وانما قلنا اثر النكاح قائم من وجه وبه تحرم الاخت من وجه وبه تحرم مطلقا وفي المجتبى جواز نكاح الاخت في عدة الاخت يؤدي الى جمع ماء في رحم اختين لجواز العلوق بعد النكاح ويثبت في المعتدة السبب الى سنتين وهو ممتنع بالحديث انتهى يعني قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين ومثله لو علقت المطلقة قبل الطلاق ثم دخل باختها بعده يلزم ما ذكر ايضا فروع الاول اذا اخبر المطلق عن المطلقة انها اخبرته ان عدتها انقضت فاما تحتمل المدة اولا لا يصح نكاح اختها في الثاني لانه لا يقبل قولها ولا قوله الا ان يفسره بما هو محتمل من اسقاط سقط مستبين الخلق وفي الاول يصح نكاح اختها سواء اسكنت الخبر عنها او صدقته او كذبته او كانت غائبة وقال زفر اذا كذبته لا يصح نكاح اختها لانها امينة وقد قبل تكذيبها حتى استمرت نفقتها وثبت نسب ولدها اذا اتت به ومن ضرورة ثبوت النسب والنفقة القول بقيام العدة وهو يستلزم بطلان النكاح ولنا انه اخبر عن امر ديني بينه وبين الله تعالى وهو محتمل فيجب قبوله في الحال وتكذيبها لا ينفع الا في حقها فقلنا ببقاء النفقة بخلاف نكاح الاخت لا حق لها فيه فلا تقبل فيه ولا يستلزم الحكم بالنفقة الحكم بشيء ما بقيام العدة والفراش كالاختين المملوكتين بخلاف ما اذا ولدت فان من ضرورة القضاء نسبه الحكم باستناد العلوق فيتيقن بكذبه ثم قال في الاصل هنا ان مات لم ترثه وكان الميراث للاخرى وذكر في كتاب الطلاق الميراث للاولى دون الاخرى ولكن وضع المسئلة فيما اذا كان مريضا حين قال اخبرتني ان عدتها انقضت وكذبته وانما تحقق اختلاف الروايات في حكم الميراث اذا كان الطلاق رجعيا فاما البائن وهو في الصحة فلا ميراث للاولى وان لم يخبر الزوج بها وفي كتاب الطلاق لما وضع المسئلة في المريض وكان قد تعلق حقها بماله لم يقبل قوله في ابطال حقها بما في نفقتها وهنا وضعها في الصحيح ولا حق لها في ماله فكان قوله مقبولا في ابطال ارثها بوضحه ان يقبل قوله ذلك اخبر ان الواقع صدقا فكانه ابانها في صحته فلا ميراث لها ولو ابانها في مرضه كان لها الميراث وقيل هذا قول ابي حنيفة لان عندهما يجوز قبول الرجعي بانها خلافا لمحمد ومتى كان الميراث للاولى فلا ميراث

ولا بتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح ما شرع الا لثمراته مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اى العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله

للثانية الثاني لو اعتق ام ولده لم يحل له تزوج اختها حتى تنقضي عدتها ويحل له سواها عنده وعندهما تحل الاخت ايضا قياسا على تزوج الاربع ولان حقيقة الملك لما لم تمتنع فكيف بالعدة وانما هي اثره وابو حنيفة رح يفرق بضعف الفراش قبل العتق وقوته بعده الا ترى انه كان يتمكن من تزوجها قبله لا بعده فلو تزوج حتى تنقضي فلو تزوج اختها بعد العتق كان مستلحقا نسب ولدي اختين في زمان واحد وهو لا يجوز وهذا مفقود في الاربع سواها اذ غايته انه جمع بين فرش الخمس الثالث لزوج المرتدة اذا لحقت بدار الحرب تزوج اختها قبل انقضاء عدتها كما اذا ماتت لانه لا عدة عليها من المسلم للتباين فان عادت مسلمة فاما بعد تزوج الاخت او قبله ففي الاول لا يفسد نكاح الاخت لعدم عود العدة وعند ابي يوسف تعود العدة وفي ابطال نكاح اختها عنه روايتان وفي الثاني لذلك عند ابي حنيفة رح لان العدة بعد سقوطها لا تعود بلا سبب جديد وعندهما ليس له تزوج الاخت وعودها مسلمة ليصير شرعا لما قبلها كالغيبة الا يرى انه يعاد اليها ما لها فتعود معتدة قوله

ولا يتزوج المولى امته ولو ملك بعضها ولا المرأة عبدها وان لم يملك سوى سهم واحد منه وقد حكى في شرح الكنز الاجماع على بطلانه وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية

قوله لان النكاح ما شرع الا لثمراته مشتركة بين المتناكحين اى في الملك عنها ما يختص هي بملكه كالنفقة والسكنى والقسم والمنع من العزل الا باذن ومنها ما يختص هو بملكه كوجوب التمكين والقرار في المنزل والتحصن عن غيره ومنها ما يكون الملك في كل منهما مشتركا كالاستمتاع بمجامعة ومباشرة والولد في حق الاضافة والمملوكية تنافي المالكية فقد نافت لازم عقد النكاح ومناف اللازم مناف للملزوم ولا وجه اذا تاملت بعد هذا التقرير للسؤال القائل يجوز كونها مملوكة من وجه الرق مالكة من جهة النكاح لان الغرض ان لازم النكاح ملك كل واحد لما ذكرنا من ملك الاستمتاع على الخلوص والرق يمنعه من غير النفقة فنافاه ولو اشترت زوجها او شيئا منه فسد النكاح ويسقط المهر كما لو دان عبدا ثم اشتراه سقط الدين لانه لا يثبت للمولى على عبده دين ويجوز تزوج الكتابيات والاولى ان لا يفعل ولا ياكل ذبيحتهم الا لضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لانفتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعي للمقام معها في دار الحرب وتعريض الولد على التخلق باخلاق اهل الكفر وعلى الرق بان يسبى وهي جبلي فيولد رقيقا وان كان مسلما والكتابي من يقر بنبي ويؤمن بكتاب والسامرية من اليهود اما من امن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم اهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال في المستصفى قالوا هذا يعني الحل اذا لم يعتقده المسيح الها اما اذا اعتقده فلا وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب ان لا ياكلوا ذبائح اهل الكتاب اذا اعتقدوا ان المسيح اله وان عزيرا اله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغي ان يجوز الاكل والتزوج انتهى وهو موافق لما في رضاع مبسوط شمس الائمة في ذبيحة النصارى حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة او لا وموافق لاطلاق ما في الكتاب هنا والدليل وهو قوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فسره بالعفائف احترازا عن تفسير ابن عمر بالمسلمات ولذلك منع ابن عمر رض من تزوج الكتابية مطلقا لاندراجها في المشركة قال تعالى وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله الى ان قال سبحانه وتعالى عما يشركون قلنا وقد قيل ان القائل بذلك طائفتان من اليهود والنصارى انقرضوا لا كلهم فيهود ديارنا يصرحون بالتنزيه عن ذلك والتوحيد واما النصارى فلم ار الا من يصرح بالابنية فمجمع الله لكن هذا يوجب نصرة المذهب المفصل في اهل الكتاب فاما من اطلق حلهم فيقول مطلق لفظ المشرك اذا ذكر في لسان الشارع لا ينصرف الى اهل الكتاب وان صح لغة في طائفة بل طوائف واطلق لفظ الفعل اعني يشركون على فعلهم كما ان من راى يعلمه من المسلمين فلم يعمل الا لاجل زيد يصح في حقه انه مشرك لغة ولا يتبادر عند اطلاق الشارع لفظ المشرك ارادته لما عهد من ارادته به من عبد مع الله غيره ممن لا يدعي اتباع نبي وكتاب ولذلك عطفهم عليه في قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من اهل الكتاب والمشركين منفكين نص على حلهم بقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اى العفائف منهن وتفسير المحصنات بالمسلمات يفيد ان المعنى احل لكم المسلمات

من الذين

ولا يجوز تزوج المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن

من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم فان كن قد انقرضن فلا فائدة اذ لا يتصور الخطاب بحل الاموات للمخاطبين الاحياء وان كن احياء دخلن في دين سيدنا ونبينا محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فالحل ح معلوم من حكم المسلمات المعلوم بالضرورة من الدين بل ويدخل في المحصنات المعطوف عليه وهو قوله والمحصنات من المؤمنات ثم يصير المعنى فيه والمسلمات من المؤمنات وهو بعيد في عرف استعمالهم بخلاف تفسيره بالعفائف ثم المراد من ذكره بعث الانسان على التخير لنظمه الا يرى ان العفة ليست شرطا في المؤمنات اتفاقا وان لم يدخلن فهو عين الدليل حيث ابيح الكتابيات الباقيات على ملتهن ولو سلم فهي منسوخة اعني ولا تنكحوا المشركات نسخت في حق اهل الكتاب المتثلثين وغيرهم بآية المائدة وبقي من سواهم تحت المنع وذكره جماعة من اهل التفسير لان سورة المائدة كلها لم ينسخ منها شيء قطعا على ان تفسير المحصنات بالمسلمات ليس من اللغة بل هو تفسير ارادة لا لغة ويدل على الحاق تزوج بعض الصحابة منهم وخطبة بعضهم فمن المتزوجين حذيفة وطلحة وكعب بن مالك وغضب عمر رض فقالوا انطلق يا امير المؤمنين وانما كان غضبه لمخالطة الكافرة وخوف الفتنة على الولد لا في صغره الزم لامه وشله قول مالك لم يصير لشرب الخمر وهو يقبل ويضاجع الا لعدم الحل الا ترى الى قولهم انطلق يا امير المؤمنين ولم ينكر عليهم ذلك هو ولا غيره ولو لم يصح لم يتصور طلاق حقيقة ولا وقف الى زمنه وخطب المغيرة هند ابنة النعمن بن المنذر وكانت تنصرت ودير هابان الى اليوم لظاهر الكوفة وكانت قد عميت فابت وقالت اي رغبة بشيخ اعور في عجوز عمياء ولكن اردت ان تفتخر بنكاحي فتقول تزوجت بنت النعمن بن المنذر فقال صدقت وانشأ يقول ؎ ادركت ما تمنيت نفسي خاليا ✽ قد درك يا ابنة النعمان ✽ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ✽ ان الملوك ذكية الاذهان ✽ في ابيات وكانت بعد ذلك تدخل عليه فينكرها ويسالها عن حالها فقالت ؎ فبينا نسوس الناس والامر امرنا ✽ اذ نحن فيهم سوقة نتنصف ✽ فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ✽ تقلب بالانسان حالا فحالا ✽ تصرف قوله نتنصف اي نتخدم والمنصف الخادم فاذا كان الامر على ما قررناه فلا جرم ان ذهب عامة الفقهاء الى تفسير المحصنات بالعفائف ثم ليست العفة شرطا بل هو للعادة او لندب ان لا تتزوجوا غيرهن كما اشرنا اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة واما الامة الكتابية فكذلك عندنا وسياتي الخلاف فيها قوله ولا يجوز تزوج المجوسيات عليه الاربعة ونقل الجواز عن داود وابي ثور ونقله اسحق في تفسيره عن علي رض بناء على انهم من اهل الكتاب فواقع ملكهم اخته ولم ينكر وعليه فاسرى بكتابهم فنسوه وليس هذا الكلام بشيء لانا نعني بالمجوس عبدة النار كانهم كان لهم كتاب ولا لا اثر له فان الحاصل انهم الآن داخلون في المشركين وبهذا يستغنى عن منع كونهم من اهل الكتاب بانه يخالف قوله تعالى انما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا من غير تعقيب بانكار وعدهم المجوس تقتضي انهم ثلث طوائف وبتقدير التسليم فبالرفع والنسيان اخرجوا عن كونهم اهل كتاب يدل على اخراجهم الحديث المذكور وهو ما اخرجه عبد الرزاق وابن ابي شيبة عن قيس بن مسلم عن الحسن بن محمد بن علي ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام فمن اسلم قبل منه ومن لم يسلم ضربت عليه الجزية غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم قال ابن القطان هو مرسل وفيه ارساله فيه قيس بن مسلم وهو ابن الربيع وقد اختلف فيه وهو ممن يحتفظ بالقضاء ورواه ابن سعد في الطبقات من طريق ليس فيها عن عبد الله بن عمر بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر الى ان قال بان لا تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم وفي سنده الواقدي وروى مالك في موطاه عن جعفر بن محمد عن ابيه ان عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال ما ادري ما اصنع في امرهم فقال عبد الرحمن بن عوف اشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب انتهى وسياتي باقي ما فيه من الكلام في باب الجزية ان شاء الله تعالى قوله ولا الوثنيات وهي بالاجماع والنص وتدخل في الاوثان عبدة الشمس والنجوم والصور التي استحدثوها والمعطلة والزنادقة والباطنية والاباحية وفي شرح الوجيز وكل مذهب يكفر به معتقده لان اسم المشركين يتناولهم جميعا وقال الرستغفني لا يجوز المناكحة بين اهل السنة والاعتزال والفضلي ولا من قال انا مؤمن ان شاء الله لانه كافر ومقتضاه منع مناكحته

ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون بدين ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب لكتابهم

الشافعية وانما نقل فيها هكذا قيل يجوز وقيل يتزوج بنتهم ولا يزوجهم بنته ولا يخفى ان من قال انا مؤمن ان شاء الله تعالى فانما يريد ايمان الموافاة
يعرضون ليعلمون الذي يتعذر عليه العبد لانه اخبار عن نفسه بفعل في المستقبل او استصحابه اليه فيتعلق به قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا
الا ان يشاء الله وعلى هذا فيكون ان شاء الله هنا شرطا لا كما يقال انه للجبر والتبرك وكيف كان لا يقتضي ذلك كفره غير انه عندنا خلاف الاولى لان
تعويد النفس بالجزم في مثله يصير ملكة خير من ادخال حادة التردد في انه هل يكون مؤمنا عند الموافاة او لا واما المعتزلة فمقتضى
الوجه حل مناكحتهم لان الحق عدم تكفير اهل القبلة وان وقع الزامات في المباحث بخلاف من خالف القواطع المعلومة بالضرورة من الدين مثل القائل بقدم
العالم ونفي العلم بالجزئيات على ما صرح به المحققون واقول وكذا القول بالايجاب بالذات ونفي الاختيار فرع تجوز المناكحة بين اليهود والنصارى والمجوس
بمعنى تزوج اليهودية او نصرانية او مجوسية والمجوسي يهودية او نصرانية لانهم اهل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلهم فتجوز مناكحة بعضهم بعضا كاهل
المذاهب من المسلمين واجاز سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو ابن دينار وطي المشركة والمجوسية بملك اليمين لورود الاطلاق في سبايا العرب
كاوطاس وغيرها وهن مشركات والمذهب وعندنا وعند عامة اهل العلم منع ذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات فاما ان يراد الوطي او كل منه من التعارض
بناء على انه مشترك في سياق النفي او خاص في النهي وهو ظاهر في الامرين ويمكن كون سبايا اوطاس اسلمن قوله ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يؤمنون
بدين نبي ويقرون بكتاب وان عظموا الكواكب كتعظيم المسلم الكعبة بهذا فسرهم ابو حنيفة فبنى عليه الحل وفسره بعبدة الكواكب فثبتا عليهم الحرمة وقيل فيهم الطائفتان
وقيل فيهم غير ذلك فالاتفاق على تفسيرهم اتفق على الحكم فيهم قوله وللمحرم والمحرمة ان يتزوجا حالة الاحرام وفيه خلاف الشافعية وتزويج الولي المحرم مولاته على هذا الخلاف
تمسكوا بقوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح رواه الجماعة الا البخاري عن ابان بن عثمان بن عفان قال سمعت ابي عثمان يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا ينكح المحرم ولا ينكح زاد مسلم وابو داود ولا يخطب وزاد ابن حبان في صحيحه ولا يخطب عليه وفي موطا مالك عن داود بن الحصين ان ابا غطفان المزني ان اباه اخبره انه
تزوج امراة وهو محرم فرد عمر بن الخطاب نكاحه ولنا ما رواه الائمة الستة في كتبهم عن طاوس عن ابن عباس رض قال تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم
ميمونة وهو محرم فزاد البخاري وبنى بها وهو حلال وماتت بسرف وله ايضا عنه ولم يصل سنده به قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم ميمونة رض في عمرة
القضاء وما عن يزيد بن الاصم انه تزوجها وهو حلال لم يقو قوة هذا فانه مما اتفق عليه الستة وحديث يزيد لم يخرجه البخاري ولا النسائي وايضا
لا يقاوم ما ابن عباس رض حفظا واتقانا ولذا قال عمرو بن دينار الزهري وما يدري ابن الاصم اعرابي كذا وكذا الشق قاله اتجعله مثل ابن عباس رض وما روي
عن ابي رافع عنه صلى الله عليه وسلم تزوجها وهو حلال وبنى وهو حلال وكنت انا الرسول بينهما لم يخرج في واحد من الصحيحين وان روي في صحيح ابن حبان
فلم يبلغ درجة الصحة ولذا لم يقل الترمذي فيه سوى حديث حسن قال ولا نعلم احدا اسنده غير حماد عن مطر وما روي عن ابن عباس رض انه صلى الله عليه وسلم
تزوج ميمونة وهو حلال فمنكر عنه لا يجوز النظر اليه بعد ما اشتهر بعد ان كاد ان يبلغ اليقين عنه في خلافه وكذا بعد ان اخرج الطبراني ذلك عارضه
بان اخرجه عن ابن عباس رض من خمسة عشر طريقا انه تزوجها وهو محرم وفي لفظ وهما محرمان وقال هذا هو الصحيح وما اول به حديث ابن عباس رض بان
المعنى وهو في الحرم فانه يقال انجد اذا دخل ارض نجد واحرم اذا دخل ارض الحرم بعيد وما بعده حديث البخاري تزوجها وهو محرم وبنى بها وهو حلال
والحاصل انه قام ركن المعارضة بين حديث ابن عباس وحديثي يزيد بن الاصم وابان بن عثمان وحديث ابن عباس اقوى اسنادا فان رجحنا باعتباره كان
البرهان معنى ويعضده ما قال الطحاوي وروى ابو عوانة عن مغيرة بن ابي الضحى عن مسروق عن عائشة رض قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه

لم يجز منا لحتمه لانه مشترك بين الحلال والحرام والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم وكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حال ذبيحتهم **قال** ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رحمه الله

وهو محرم قال وتفقه هذا الحديث كلهم ثقات يحتج بروايتهم انتهى وهذا الحديث اخرجه ايضا البزار قال السهيلي انما اردت نكاح ميمونة ولكنها لم تسمها وبقوة ضبط الرواة وفقههم فان الرواة عن عثمان وغيره ليسوا كمن روى عن ابن عباس ذلك فقها وضبطا كسعيد بن جبير وطاوس وعطاء ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد وان تركنا ما تساقط للتعارض وصرنا الى القياس فهو معنى لان عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الامة للتسري وغيره ولا يمتنع من العقود بسبب الاحرام ولو حرم لكان غايته ان ينزل منزلة نفس الوطء واثره في افساد الحج لا في بطلان العقد نفسه وايضا لو لم يصح لبطل عقد المنكوحة سابقا لطرق الاحرام لان المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطاري على العقد وان رجحنا من حيث المتن كان معنى لان رواية ابن عباس رض ما فيه ورواية يزيد مثبتة لما عرف ان المثبت هو الذي يثبت امرا عارضا على الحالة الاصلية والحل الطاري على الاحرام والنافي هو المبقي الا ترى طرق طاري ولا شك ان الاحرام اصل بالنسبة الى الحل الطاري عليه ثم له كيفيات خاصة من التجرد ورفع الصوت بالتلبية فكان نفيا من جنس ما يعرف بدليله فيصار الاثبات ويرجح بخارج وهو زيادة قوة السند وفقه الراوي على ما تقدم هذا بالنسبة الى الحل اللاحق واما على ارادة الحل السابق على الاحرام كما في بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم بعث ابا رافع مولاه ورجلا من الانصار فزوجاه ميمونة بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة قبل ان يحرم كذا في معرفة الصحابة للمستغفري فابن عباس مثبت ويزيد نافي ويرجح حديث ابن عباس من ذات المتن لترجح المثبت على النافي ولو عارضه ما كان يبقى يزيد مما يعرف بدليله لان حالة الحل تعرف ايضا بالدليل وهي هيئة الحلال فالترجيح بما قلنا من قوة السند وفقه الراوي لا بذات المتن وان وقفنا لدفع التعارض فيحمل لفظ التزويج في حديث ابن الاصم على البناء بها مجازا لعلاقة السببية العادية ويحمل قوله صلى الله عليه وسلم لا ينكح المحرم اما على نهي التحريم والنكاح للوطء والمراد بالجملة الثانية التمكين من الوطء والتذكير باعتبار الشخص اي لا تمكن المحرمة من الوطء زوجها والعجب ممن يضعف هذا الوجه بان التمكين من الوطء لا يسمى نكاحا مع ان اللازم الانكاح لا النكاح والا استبعاده باختلال عربيته فليس بواقع لان غايته ما فيه دخول النائبة على المسند للغائب وهو جائز عند المحققين وان كان غيره اكثر وعلى النفي فيه التذكير وفيه ذلك التاويل او على نهي الكراهية جمعا بين الدلائل وذلك لان المحرم في شغل عن مباشرة عقود والانكحة لان ذلك يوجب شغل قلبه عن الاحسان في العبادة لما فيه من خطبة ومراودات ودعوة واجتماعا ويتضمن تهييج النفس لطلب الجماع وهذا محمل قوله ولا يخطب ولا يلزم كونه صلى الله عليه وسلم باشر المكروه لان المعنى المنوط به الكراهة وهو عليه الصلوة والسلام منزه عنه ولا بعد في اختلاف حكم في حقنا وحقه لاختلاف المناط فيما فيه كالوصال نهانا عنه وفعله فرع ويجوز تزويج الحر الامة مسلمة كانت او كتابية الخ قيد الحر غير مفيد لان الشافعي لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية فكان الصواب ابداله وعن مالك واحمد رح كقوله وعنهما كقولنا له قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات الآية استفيد منها عدة احكام عدم جواز نكاح الامة مطلقا عند طول الحرة بمفهوم الشرط وعدم جواز نكاح الامة مطلقا حين لا ضرورة من خشية العنت لقوله تعالى ذلك لمن خشي العنت منكم فاستنبطنا من قصر الحل على الضرورة معنى مناسبا وهو ما في نكاح الامة من تعريض الولد على الرق الذي هو موت حكما وعدم جواز الامة الكتابية مطلقا بمفهوم الصفة في من فتياتكم المؤمنات وايضا اذا لم تجز الامة الا للضرورة فالضرورة تندفع بالمسلمة وعندنا الجواز مطلق في حال الضرورة وعدمها في المسلمة والكتابية وعند طول الحرة وعدمه لاطلاق المقتضى من قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء واحل لكم ما وراء ذلكم فلا يخرج منه شيء الا بما يوجب التخصيص ولم ينتهض ما ذكروا حجة مخرجة اما اولا فالمفهومان اعني مفهوم الشرط والصفة ليسا بحجة عندنا وموضعه الاصول واما ثانيا فبتقدير الحجة مقتضى المفهومين عدم الاباحة الثابتة عند

لا يجوز تزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عليه السلام

تزوج ميمونة وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية

وجود التعليق المبيح وعدم الاباحة الثابتة اعم من ثبوت الحرمة او الكراهة ولا دلالة للاعم على الاخص بخصوصه فيجوز ثبوت الكراهة
عند عدم الضرورة وعند وجود طول الحرة كما يجوز ثبوت الحرمة على السواء والكراهة اقل فتعين فقلنا بها وبالكراهة صرح في البدائع واما التعليل عدم
الحل عند عدم الضرورة بتعريض الولد على الرق لتثبت الحرمة بالقياس على اصول شتى او لتعين احد فردي الاعم الذي هو عدم الاباحة وهو التحريم
مرادا بالاعم فان عنوا ان فيه تعريض موصوف بالحرية على الرق سلمنا استلزامه للحرمة ولكن وجود الوصف ممنوع اذ ليس هنا متصف بحرية عرض للرق
بل الوصفان من الحرية والرق يتقارنان وجود الولد باعتبار امه ان كانت حرة فحر او رقيقة فرقيق وان ارادوا به تعريض الولد الذي سيوجد لان يقارن
الرق في الوجود لا ارقاقه سلمنا وجوده ومنعنا تاثيره في الحرمة بل في الكراهة وهذا لانه كان له ان لا يحصل الولد اصلا بنكاح الامة ونحوها فلان يكون
لان يحصل رقيقا بعد كونه مسلما اولى اذ المقصود بالذات من التناسل انما هو تكثير المقربين لله تعالى بالوحدانية والالوهية وما يجب ان يعترف له به
وهذا ثابت بالولد المسلم والحرية مع ذلك كما يرجع اكثر الى مرد نوى وقد جاز للعبد ان يتزوج اثنتين بالاتفاق مع ان فيه تعريض الولد على الرق في موضع
الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة وكون العبد بالا اثر له في ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان ولده حرا والمانع انما يعتمل كونه ذات الرق لانه هو الموجب
للنقص الذي جعله محرما لا مع قيد حرية الاب يوجب استواء العبد والحر في هذا الحكم لصح ذلك التعليل اعني تعليل الحرمة بالتعريض للرق ثم بعد وجود شرط تزوج
الامة عند الشافعي من عدم وجود طول الحرة شرط الا ان تكون جارية ابنه اي ملك الابن قال في خلاصتهم لو ان استولدها قبل النكاح صارت ام ولده
فنزل ملك ولده منزلة ملكه وعند الا ملك للاب من وجه اصلا والا لحرمته على الابن قوله ولا تتزوج امة على حرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الامة على الحرة
اخرج الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد اثنتان الحديث الى ان قال وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة
وفيه مظاهر بن اسلم ضعيف واخرج الطبري في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تنكح الامة على الحرة قال تنكح
الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن ايضا مرسلا وكذا رواه ابن ابي شيبة عنه واخرج عبد الرزاق انا ابن جريج اخبرني ابو الزبير
انه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة واخرج الحسن وابن المسيب نحوه واخرج ابن ابي شيبة عن علي رضي لا تنكح الامة على الحرة
واخرج عن ابن مسعود نحوه واخرج ابن ابي شيبة ثنا عبده عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة
وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين تقوي الحديث المرسل لو لم يقل بحجيته فوجب قبوله ثم اعتضد باتفاق العلماء على الحكم المذكور وان
اختلف طرق اضافتهم فان الثلاثة اضافوا الى مفهوم قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا الآية وذلك ان تزوج الامة على الحرة تكون عند وجود طول
الحرة فلا يجوز اتفاقا وقوله وهو حجة على الشافعي في اجازة ذلك للعبد يعني حجة حيث لا انا قمنا الدليل على جواز بل وجوب الاحتجاج بالمرسل بعد ثقة رجاله
ولا نرى حجيته اذا اقترن باقوال الصحابة وهنا كذلك فانه قد نقل ذلك عن علي وجابر على الاطلاق كما بينا وكذا يرى حجيته اذا افتى به جماعة من اهل العلم
وهنا كذلك وهذا كله نص الشافعي في الرسالة فانه قال وان لم يوجد ذلك يعني تعدد المخرج نظرا الى بعض ما يروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم قولا فان وجد ما يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت هذه دلالة على انه يرسل الا عن اصل يصح ان شاء الله وكذا ان وجد عوام
من اهل العلم يفتون بمثل معنى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انتهى وبه يخص قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اذ قد اخرج منه ما قدمنا وفيه
نظر فان الخارج المشركات المجوسيات بطريق النسخ على ما قالوا والمجوسيات مشركات والناسخ لا يصير العام به ظنيا فلا يخص بعده بخبر واحد وقياس

وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من رق بعض الجزء على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة ولهذا حل طول الحرة ما تقدم منه وعندنا الجواز مطلق كطلاق المقتضي وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون لبيان لا يحصل الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي في تجويز ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة وعن الرازي تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله فيثبت به حل الحلية في حالة الانفراد دون حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام تنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات في جميع الحالات كالمنصف وعنهما فان تزوج امة على حرة وعنده من طلاق بائن لم يجز عند ابي حنيفة رحمه الله ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا يتزوج عليها لم يحنث عندهما وله ان نكاح الحرة باق وبه يتقاء بعض الاحكام فيبقى المنع احتياطا لحلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها ولهما ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده

وما قيل انه مخصوص منه الجمع بين الاختين فغلط لان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم اشارة الى الجمع ليتحقق اخراجه لانه بما قدم وذكره مع المحرمات ثم قال واحل لكم ما وراء ذلكم اي ما وراء المذكورات فلم يتناوله اصلا واذا كان كذلك والحديث مطلق فيشمل العبد فاخراجه يستدعي تناوله لم يثبت اذ اضافة اخراجه الى تخصيص العلة التي ادعوا انها موثرة لحرمة نكاح الامة عند طول الحرة بغير العبد لم يثبت له وجه لما علمت انه بتقدير صحتها يجب استواء الحر والعبد فيها لان المعقول تاثير ذات الرق في المنع عند عدم الضرورة وجود الطول قوله وعلى مالك رد في تجويزه ذلك برضى الحرة مالك بقوله بحجية المرسل اذ اصح طريقه الى التابعي لكنه علله باغاظة الحرة بادخال ناقصة الحال عليها فاذا رضيت انتفى ما لاجله المنع فيجوز وهذا استنباط معنى تخصيص النص فان لم يكن منصوصا ولا مومى اليه كان تقديما للقياس على لفظ النص وهو ممنوع عندنا بل العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه ثم تقدير جواز ذلك فتعليله بما ظهر اثره وهو تنصيف النعمة بالرق الذي ظهر اثره في الطلاق والعدة والقسم اولى فيكون المنع باعتبار التعليل به للتنصيف في احوال نكاح الامة بيانا ان الحل الثابت في النكاح نعمة وبين ان الرق منصف ما ذكرنا من متعلقات النكاح لما لم يمكن تنصيف نفس الحل على انه لا يحتمل بل نصف الحل ايضا وهو تنصيف القسم اذ يحرم عليه الاستمتاع بها في غير ليلتها لا يمكن فيظهر ان حكم هذا الحديث لارادة تنصيف الاحوال جريا على ما استقر منوطا بالرق وذلك ان لنكاحها حالتي انضمام الى نكاح حرة سابقة وانفراد عنه فالتنصيف اذ كان امكان الحالتين قائما بتصحيح نكاحها في حالة دون حالة وتصحيح نكاح الحرة في الحالتين حالة الانفراد والانضمام الى امة سابقة ثم عين الشرع للمنع حالة الانضمام الى الحرة لما في اعتبار نقصها عن الحرة في كثير من الاحكام من مناسبة ذلك ولا يبعد ان لزيادة غيظها الحرة زيادة معتبرة دخلا ايضا اما اصل غيظها فلا اثر له فانه تحصل بادخال الحرة ايضا وعلى هذا التقرير يندفع من الاصل ما يورد من ان الانضمام يصدق على ما اذا ادخل الحرة ايضا على الامة فيلزم ان يفسد نكاح الامة بادخال الحرة عليها ويجاب بان الانضمام يقوم بالمتاخر لانه المنضم الى غيره ثم يتعلق بالمتقدم ومنهم من جعل منع ادخال الامة بالنص على خلاف القياس وتعليل الكرخي ان بنكاح الحرة يثبت لنسله حق الحرية وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بمجرد طول الحرة قبل نكاحها فلا يثبت النسل ذلك هذا واما حالة المقارنة وهو ان يتزوج حرة وامة في عقدة فيجتمع في الامة محرم ومبيح فتحرم واعلم ان التعليل في الاصل انما هو للقياس ويستدعي اصلا يلحق به منصوصا او مجمعا عليه فيمكن جعله هنا تنصيف الطلاق والعدة قوله فان تزوج امة على حرة الخ وكذا المدبرة وام الولد قيد بالبائن لان في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الامة اتفاقا وقولهما قول ابن ابي ليلى لان المحرم ليس الجمع ليمتنع في عدة البائن كالاخت في عدة الاخت والاحرم ادخال حرة عليها بل تزوج الامة على الحرة وهو منتف لا يقال تزوج عليها اذا تزوجها وهي مبانة منه ولذا لو حلف على تزوج على امراته فتزوج وهي معتدة عن بائن لم يحنث ولذا جاز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد ووطء شبهة ولابي حنيفة ان العدة لما كانت من آثار النكاح وباعتبار بقائه بقي من وجه كان بالتزوج فيها متزوجا عليها من وجه فكان حراما لان الشبهة في الحرمات كالحقيقة احتياطا واما جواز نكاح الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد فقيل انما قولهما لا قوله ولو سلم فالمنع لم يكن ثابتا بقيام النكاح الفاسد ليبقى ببقاء العدة بخلاف ما نحن فيه واما مسئلة اليمين فانما لا يحنث فيها للعلم بان المقصود من حلفه ان لا يتزوج عليها هو ان لا يدخل عليها شريكة في القسم ولان العرف ان لا يسمى متزوجا عليها بعد الابانة الا اذا كان من كل وجه وذلك حال قيام العصمة قوله من الاماء والحرائر اي جمعا وتفرقا الا ان في الجمع انما يجوز اذا قدم الحرائر قوله وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك اتفق عليه الائمة الاربعة وجمهور المسلمين اما الخوارج فلهم شاذ منهم وفي التتارخانية رجل له اربع نسوة والف جارية اراد ان يشتري جارية اخرى فلا يمكن رجل يخاف عليه الكفر وقالوا

والحجة عليه ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد
ان يتزوج اكثر من اثنين وقال مالك يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه
بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا
لشرف الحرية فان طلق الواحدة الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى
تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت

اذ تركه ان يتزوج كيلا يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده ما جوزا واجازا الروافض تسعا من الحرائر ونقل عن النخعي وابن ابي ليلى واجاز الخوارج ثماني عشرة وحكي عن بعض الناس اباحة اي عدد شاء بلا حصر وجه الاول انه بين العدد والمحلل بثنى وثلاث ورباع بحرف الجمع والحاصل من ذلك لتسع وجه الثاني ذلك لا ان مثنى وثلاث ورباع معدول عن عدد مكرر على ما عرف في العربية فيصير الحاصل ثمانية عشر وكان وجه الثالث العمومات من نحو فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ مثنى الى تعداد في لا قيد كما يقال خذ من البحر ما شئت قربة وقربتين وثلاثا ونخص الاولين تزوجه صلى الله عليه وسلم تسعا والاصل عدم الخصوصية الا بدليل والحجة عليهم ان الاحلال بناء وهو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء لم تسق الا لبيان العدد والمحلل لا لبيان نفس الحل لانه عرف من غيرها قبل نزولها كتابا وسنة فكان ذكرها هنا متعقبا بالعدد ليس الا لبيان قصر الحل عليه او هي لبيان المحل المقيد بالعدد لا مطلقا كيف وهو حال جاء طاب فيكون قيدا في العامل وهو الاحلال المفهوم من فانكحوا ثم ان مثنى معدول عن عدد مكرر ولا يقف عند حد هو اثنان اثنان هكذا الى ما لا يقف وكذا ثلاث في ثلثة ثلثة ومثله رباع في اربعة اربعة والمروي التركيب على هذا ما طاب لكم ثنتين ثنتين جمعا في العقد او على التفريق وثلثا ثلثا جمعا او تفريقا واربعا اربعا كذلك ثم هو قيد في الحل على ما ذكرنا وانتهى الحل الى اربع مخير فيهن بين الجمع والتفريق واما حل الواحدة فقد كان ثابتا قبل هذه الاية بحل النكاح لان اقل ما يتصور بالواحدة فحاصل الحال ان حل الواحد كان معلوما وهذه الاية بيان حل الزائد عليها الى حد معين مع بيان التخيير بين الجمع والتفريق في ذلك وبه تم جواب الفريقين او نقول عرف حل الواحدة بقوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة وكان العدد على الوجه الذي ذكرنا محللا عند عدم خوف الجور ثم افاد ان عند خوفه يقصر الحل على واحدة وانما لم يعطف بالفاء فيقال اثنتين او ثلث او رباع لانه لو ذكر بالفاء لكان الاحلال مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس مراد بل المراد ان لهم ان يحصلوا هذه الاعداد ان شاءوا بالطريق التثنية وان شاءوا بالطريق التثليث وان شاءوا بالطريق الترباع فانتفى بذلك صحة التسع والثمان عشرة ويدل على الخصوصية ما روى الترمذي عن عبد الله بن عمر ان غيلان بن سلمة الثقفي اسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فاسلمن معه فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يتخير فيهن اربعا والمراد من قوله ثم تخصيص على العدد ويمنع الزيادة العدد المذكور يعني التخصيص على هذا العدد فكان اللام للعهد لا للكرى او الحضوري وانما كان هذا العقد يمنع الزيادة وان كان من حيث هو عدد لا يمنعها كما في قوله صلى الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة حيث الحق به اليمين والنذر بوقوعه حالا قيدا في الاحلال على ما قررناه به يندفع الاعتراض بانه من حيث هو عدد لا يمنع كما ذكرنا والحاصل انه قد يمنع بعد الزيادة والنقص كعدد ركعات الصلوة وقد لا ولا نحو سبعين مرة في قوله تعالى استغفر لهم الاية وقد يمتنع الزيادة كما ذكرنا او النقص فقط كاقل الحيض وشيء من ذلك ليس لذات العدد بل الخارج تمنع الزيادة هنا لتقييد الحل وفي كل موضع لطالب لسبب

قوله والحجة عليه ما تلوناه وهو عموم ما طاب لكم من النساء مقتصرا على العدد المذكور وقوله اذ الامة والمنكوحة يريد بالمنكوحة الحرة والا فالمنكوحة لا تنافي الامة مع ان المراد هنا بالامة ليس الا الامة المنكوحة وفي كثير من النسخ المنكوحة على الصفة واعترض بان المراد الاستدلال بجواز تزوج الاماء اكثر من واحدة لتناول اسم النساء ذلك وعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة والمنكوحة لا تنكح فكان ينبغي ان لا يذكر المنكوحة اصلا والعناية به ان يراد المنكوحة بالقوة اي التي يريد ان ينكحها ينتظمها الخ **قوله** لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده لان السبي لا يوقع الفرقة بين السبي وزوجته فعلم انه لا يملك الا من حيث هو مال وبدليل انه يملك الاصل النكاح بالاذن فلو كان مملوكا في حقه لم يملكه كما لم يملك المال فلما ملكه ساوى الحر فيه وجواب الاول ان السبي احد اسباب ملك الرقبة فحمله المال لا النكاح فلذا لم تقع الفرقة وجواب الثاني ان ملك اصل المتعة لا يمنع التنصيف اذا تحقق ما يوجبه كالامة تملك طلاق اصل الوطء من زوجها وينتصف قيمها **قوله** ولنا ان الرق منصف توضيح مراده ان الحل الثابت بالنكاح مشتركة بين الزوجين حتى ان للمرأة المطالبة باستمتاع وقد نصف الرق

قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف رح ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه وهما انهما من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماؤه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حق للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل

للمرأة مالها من ذلك الحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وامة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلها نصف رقها مالها وجب ان ينصف رقه مالها وللحر تزوج اربع وللعبد ثنتان بقي ان يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار وهو بعيد كما استدل به المص على الشافعي في اطلاق الزائد على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار **قوله** فان تزوج حبلى من زنى من غيره جاز النكاح خلافا لابي يوسف وقول الشافعي رح كقولنا وقول الآخرين وزفر كقول ابي يوسف اما لو كان الحبل من زنى منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنى منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطيها عند الكل الا اجازة الحاملية عندهما ولا يطأها هل يستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول اوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع من الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عذرها سماوي وهذا يضاف الى فعلها الزنى وعن محمد كقول ابي يوسف وكما لا يباح وطيها لا يباح دواعيه وقيل لا باس لوطيها ونقل عن الشافعي كانه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطيها في الحال مع احتمال العلوق فعلم ان العلوق من الزنى لا يمنع الوطي والا لمنع مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشيء لان الفرق بين المحقق والموهوم في اشتمال الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يومن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماؤه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن **قوله** ان الامتناع في الاصل يعني ثابت النسب حاصله قياس الحامل من الزنى على الحامل ثبات النسب في حكم هو عدم صحة العقد عليها فيعين علة الاصل كون حملها محترما فيمتنع ورود الملك على محله وهذا كذلك بدليل انه لا يجوز اسقاطه وانه لا جناية منه فيمنع الملك واستدل المص رح بعموم واحل لكم ما وراء ذلكم وحين علم انه يرد من قبل ابي يوسف ان هذا مخصوص على ما قيل فيجوز تخصيصه بالقياس احتاج الى منع علته فقال لا نسلم ان علة المنع في الاصل احترام الحمل بل احترام صاحب الماء وهي تشفية في الفرع اذ لا حرمة للزاني ومنهم من يريد في تعيين العلة فيقول الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فيصان عن سقيه بماء حرام وقد يراد ايضا فيقال فيصان عن سقيه ولما لم يجز الوطي بحرمة السقي لم يصح العقد لان كل عقد لا يترتب عليه حكمه لا يصح وهي زيادة توجب النقض انما يحتاج اليها لو قلنا بصحة العقد وحل الوطي ولم نقل به فيقال ان قلت لا يترتب مطلقا منعناه او في الحال فقط منعنا اقتضاء البطلان والا لم يصح نكاح الحائض والنفساء الا ان ابا يوسف رح يدفع التعليل بحرمة صاحب الماء بانه لو كان لحقه لجاز بامره فالاولى تعليل المنع في الاصل بلزوم الجمع بين الفراشين وهو السبب في امتناع العقد على المحصنات من المومنات وهو منتف في الحبلى من الزنا وقد يقال ان هذا الدفع مغالطة خيل ان حرمته وحقه واحد وهو معنى الحق وليس كذلك فان معنى حرمته ان الشارع اثبت له من الحرمة منع العقد على محل مائه ما دام قائما وحرمته لا تسقط باذنه في العقد الا ان هذا يقتضي صحة العقد على المسبية الحامل والمهاجرة وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح واما على ظاهر المذهب خلافا لمطرد ما ذكرنا وعلى ما هو رواية الحسن النسب بالتعليل بحرمة صاحب الماء علم ان في سنن ابي داود عن رجل من الانصار يقال له نضرة بن الكثم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تزوجت امراة على انها بكر فدخلت عليها فاذا هي حبلى فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحللت من فرجها والولد عبد لك وفرق بينها وقال اذا وضعت فحدوها وهي ظاهر في عدم صحة نكاح الحامل من زنى لقوله وفرق بينهما الا ان يحمل على تفريق الابدان فقط بان منعه من الخلوة بها الى ان تلد مع ان فيه من المنسوخات جعل الولد عبدا الا ان يحمل على ارادة انه

لا يفارق فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل قال ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا عليه ان يستبرئها صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا احب له ان يطأها قبل ان يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

يصير تخريك وهو يوافق حمل التفريق على المنع من مجرد المخالطة وهو اولى لاستيعاب ارادة جعل الولد عبدا يبيعه الزوج بالنسبة الى مقابلة نقله بنظيره في الشرع فيجعل هذا قرينة ارادة التفريق عن المخالطة لا في العقد وهذا لان الظاهر انه انما يكون بحيث يخدمه من غير ملك فيما اذا كان مع امه عنده وهذا كله اذا ثبت هذا الحديث قوله فالنكاح باطل وذكر الفاسد فيما تقدم ولا فرق بينهما في النكاح بخلاف البيع قوله لانها فراش لمولاها لثبوت هذا الفراش وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ولدها من الرجل اذا اتت به فلو صح حصل الجمع بين الفراشين وهو سبب الحرمة في المحصنات من النساء قوله الا انه غير متأكد الخ جواب عما قد يقال لو كانت فراشا لم تجز تزويجها وهي حامل كما لا يجوز وهي حائل فاجاب بان فراشها غير متأكد ويتأكد بانفصال الحمل بها منه فان الحمل مانع في الجملة وكذا الفراش فيقع التأكد باجتماعهما فينتقص سببا للمنع للجمع فخلاف حالة عدمه واستدل على عدم تأكده بانتفاء نسب ولدها بالبقية من غير لعان فظهر ان المانع ليس مطلقا بل المتأكد منه اما بنفسه وهو فراش المنكوحة او بالحمل قالوا الفراش ثلاثة قوي وهي المنكوحة فلا ينتفي ولدها الا باللعان ومتوسط وهو فراش ام الولد فيثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي وضعيف لا يثبت نسب الولد منه الا بدعوة وهو فراش الامة التي لم يثبت لها امومية الولد والذي يقتضيه كلام صاحب الهداية تصريحه ان الامة ليست بفراش اصلا على ما ذكره في المسئلة التي يلي هذه وعلله بعدم صدق حد الفراش عليها بقوله فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة فيلزم اما انحصاره في الفراش القوي والضعيف واما اعتبار الفراش الثلاثة في ام الولد والمنكوحة فام الولد الحائل فراش ضعيف فيجوز تزويجها والحامل متوسط لنوع من التأكد فيمتنع وحكمه انتفاء الولد بمجرد النفي والمنكوحة هي الفراش القوي وهو الاوجه واورد اذا كان ولدها ينتفي بمجرد النفي ينبغي ان يجوز النكاح ويكون نفيا دلالة فان السبب كما ينتفي بالصريح ينتفي بالدلالة بدليل مسئلة الامة جاءت باولاد ثلاثة فادعى المولى اكبرهم حيث يثبت نسبه وينتفي نسب غيره بدلالة اقتصاره في الدعوة على بعضهم اجيب بان النفي دلالة انما يعمل اذا لم يكن صريح بخلافه وهنا كذلك اذ صورة المسئلة ان الحمل منه حيث قال رجل زوج ام ولده وهي حامل منه كذا في الظهيرية وعلى هذا لو زوج ام ولده وهي حائل قبل ان يعترف بالحمل بعد العلم به ينبغي ان يجوز نكاحه ويكون نفيا قوله ومن وطئ جارية ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها هذا التعليل للجواز ينفي جنس علة المنع من التزويج فضلا عن نفيها بعينها فلا يقتضي ان وجود الفراش مطلقا يمنع والا لمنع في ام الولد الحائل لان علة المنع فراش مخصوص وهو القوي بنفسه او بالتأكيد لا مطلق الفراش ثم بين نفي الفراش بنفي حده بقوله لانها جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة قوله الا ان عليه ان يستبرئها اي بطريق الاستحباب لا الحتم وليس استبراء المولى مذكورا في الجامع الصغير بل في كلام المص وصرح الولوالجي بالاستحباب قوله واذا جاز يعني جاز النكاح بدون استبراء من المولى فان خلاف محمد رح في استبراء الزوج انما هو فيه ولذا قال الفقيه ابو الليث رح في قول محمد لا احب له اي للزوج ان يطأها حتى يستبرئها لاحتمال الشغل بماء المولى هذا الخلاف فيما اذا زوجها المولى قبل ان يستبرئها فاما استبراؤها قبل ان يزوجها جاز وطئ الزوج بلا استبراء اتفاقا وقد روى وفق بعض المشايخ بان محمدا رح نفى الاستحباب وهما اثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة فيجوز اتفاقهم على الاستحباب ولا نزاع فان لفظ في الجامع محمد بن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطئ جارية ثم زوجها فان للزوج ان يطأها قبل ان يستبرئها وقال محمد ان لا يطأها حتى يستبرئها انتهى وليس فيه استبراء المولى اصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قبل قوله تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصرح قول المص لا يوم بالاستبراء الا استحبابا ولا وجوبا بخلافه ثم القياس المذكور لمحمد انما تضمنه وجوب الاستبراء فان اصل قياسه الاستبراء وانما يتعدى بالقياس حكم الاصل وحكمه

ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا راى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال

الاستبراء بل كان المأخذ من كلام محمد في بعض تصانيفه فهو يفيد الوجوب لا الاستحباب وغاية الامر ان قوله احب ظاهر في الاستحباب ودليله يوجب ان مراده الوجوب فاعتباره اولى لان الاستدلال بما لا يطابق الدعوى بعد من اطلاق احب ان يفعل كذا في واجب وكثيرا ما يطلق المتقدمون اكره كذا في التحريم وكراهة التحريم واجب مقابلة فجاز ان يطلق في مقابلة وهو الوجوب ثم لو اورد على محمد ره ان التوهم لا يصلح علة للوجوب بل للندب كما في غسل اليدين عقيب النوم لتوهم النجاسة كان له ان يجيب بان ذلك في غير الفروج اما فيها فالمعهود شرعا جعله متعلقا بالوجوب ومنه نفس اصل هذا القياس فان علة وجوب الاستبراء في التحقيق على المشتري ليس لا توهم الشغل بالماء الحلال واعتبار استحداث الملك علة انما هو لضبطه للحكمة التي هي العلة في الحقيقة على ما عرف وان كان الاستدلال من عند المصنف فهو المؤاخذ بعدم المطابقة **قوله** ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ اورد عليه انه ممنوع فان الحكم بجواز النكاح ثابت في الحامل من الزنى ومجموع ما ذكر فيه ثلثة اجوبة جواب صاحب النهاية بانه طرد لا نقض فان جواز النكاح ثابت في الصورتين بالمقتضى وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم الا ان الوطي هناك حرام لوجود الشغل حقيقة كيلا يسقى ماءه زرع غيره فلم يدل جواز النكاح هناك على حل الوطي للحمل اما هنا لا حمل حقيقة فلو كان ثابتا كان حكما وشرعا وكان جواز النكاح شرعا امارة الفراغ دليل فراغ الرحم حكما وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا انه امارة الفراغ عن حمل ثابت النسب ونقول هو دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده واليه يرجع جواب صاحب النهاية اذا تاملت وهو الاولى اعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل النزاع محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتباره امارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة اما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المتحقق فلا اختار الفقيه ابو الليث قول محمد ره لانه احوط هذا وعند زفر ره لا يجوز للرجل ان يتزوجها حتى تحيض ثلث حيض بناء على اصله وهو وجوب العدة للتزوج بعدم وطي ولو زنا **قوله** وكذا اذا راى امرأة تزني فتزوجها حل له وطيها قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد ره لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها وعند زفر ره لا يصح العقد عليها ما لم تحض ثلث حيض لما قلنا عنه وقيل يكفي حيضة **قوله** والمعنى اي في حل وطي الزانية اذا تزوجت عقيب العلم بزناها عندهما بلا استبراء وعند محمد ره بعده ما ذكرنا لهما من ان الصحة امارة الفراغ في المحتمل فلا موجب للاستبراء والحكم لا يثبت بلا سبب وعند محمد الوطي يوجب توهم الشغل فتستبرأ كالمشتراة **قوله** ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة خالية من الموانع اتمتع بك كذا كذا عشرة ايام مثلا او تقول يا ماما او متعيني نفسك يا ماما او عشرة ايام او لم يذكر ايا ما بكذا من المال قال شيخ الاسلام في الفرق بينه وبين النكاح الموقت ان يذكر الموقت بلفظ النكاح والتزويج وفي المتعة اتمتع او استمتع انتهى يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعين المدة وفي الموقت الشهود تعيينها ولا شك انه لا دليل لهولاء على تعيين كون نكاح المتعة الذي اباحه صلى الله عليه وسلم ثم حرمه هو ما اجتمع فيه مادة متع للقطع من الآثار بان المتحقق ليس الا انه اذن لهم في المتعة وليس معنى هذا ان من باشر هذا الماذون فيه يتعين عليه ان يخاطبها بلفظ اتمتع ونحوه لما عرف من ان اللفظ انما يطلق ويراد معناه فاذا قال تمتعوا من هذه النسوة فليس مفهومه قولوا اتمتع بك بل اوجدوا معنى هذا اللفظ ومعناه المشهور ان يوجد عقد على امرأة لا يراد به مقاصد عقد النكاح من القرار للولد وتربيته بل الى مدة معينة منتهى العقد بانتهائها او غير معينة بمعنى بقاء العقد ما دمت معك الى ان انصرف عنك فلا عقد والحاصل ان معنى المتعة عقد موقت ينتهي بانتهاء الوقت فيدخل فيه ما بمادة المتعة والنكاح الموقت ايضا فيكون النكاح الموقت من افراد المتعة وان عقد بلفظ التزويج واحضر الشهود وما يفيد ذلك من الالفاظ التي تفيد التواضع مع المراة على هذا المعنى ولم يعرف في شيء من الآثار لفظ واحد من

وقال مالك هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة رض وابن عباس رض رجوعه الى قولهم فقد انعقد الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام

باشر بامن الصحابة بلفظ تمتعت بك ونحوه والله اعلم **قوله** وقال مالك وهو جائز نسبته الى مالك غلط وقوله لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر النسخ هذا تمسك من يقول بها كابن عباس رض قلنا قد ثبت النسخ باجماع الصحابة رضي الله عنهم هذه عبارة المصر وليست المباسبية فيها فان المختار ان الاجماع لا يكون ناسخا اللهم الا ان يقدر محذوف اي بسبب العلم باجماعهم اي لما عرف اجماعهم على المنع علم انه نسخ بدليل النسخ او هي للمصاحبة اي لما ثبت اجماعهم على المنع علم معه النسخ واما دليل النسخ بعينه فما في صحيح مسلم انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم الفتح وفي الصحيحين انه صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر والتوفيق انهما مرتين قيل ثلاثا اشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلوة وقيل لا يحتاج الى الناسخ لانه صلى الله عليه وسلم انما كان اباحها ثلاثة ايام فبانقضائها تنتهي الاباحة وذلك لما قال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا رسول الله صلى الله عليه وسلم انه احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد على الناس فيها الغزو ثم نهى عنها وهذا لا يفيد ان الاباحة حين صدرت كانت مقيدة بثلاثة ايام ولذا قال ثم نهى عنها وهو يشبه ما اخرجه مسلم عن شبرمة بن معبد الجهني قال اذن لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة فانطلقت انا ورجل الى امرأة من بني عامر كانها بكرة عيطاء فعرضنا انفسنا عليها فقالت ما تعطيني فقلت رداءي وقال صاحبي رداءي وكان رداء صاحبي اجود من رداءي وكنت اشب فاذا نظرت الى رداء صاحبي اعجبها ثم قالت انت ورداؤك يكفيني فمكثت معها ثلثا ثم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من كان عنده شيء من هذه النساء فليخل سبيلها فهذا مثله من حيث انه انما يدل على ان الاباحة اقامت ثلثا الا انها تعلقت مقيدة بالثلث فلا بد من الناسخ وفي صحيح مسلم عنه صلى الله عليه وسلم كنت اذنت لكم في الاستمتاع بالنساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيمة والاحاديث في ذلك كثيرة شهيرة واما ظاهر الالفاظ التي تقطع الاجماع فما اخرجه البخاري بسنده الى جابر خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى غزوة تبوك حتى اذا كنا عند العقبة مما يلي الشام جاءته نسوة فذكرنا تمتعنا وهو يطعن في رجالنا فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر اليهن وقال من هؤلاء النسوة فقلنا يا رسول الله نسوة تمتعنا بهن قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه وتمعر وجهه وقام فينا خطيبا فحمد الله واثنى عليه ثم نهى عن المتعة فوادعنا يومئذ الرجال والنساء ولم نعد ولا نعود اليها ابدا وابن عباس رض رجوعه بعد ما اشتهرت عنه من اباحتها مما ذكر من رجوعه ان عليا رض قال له انك رجل تائه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وفي صحيح مسلم ان عليا رضي الله عنه سمع ابن عباس يلين في متعة النساء فقال مهلا يا ابن عباس فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها يوم خيبر وعن لحوم الحمر الانسية وهذا ليس صريحا في رجوعه بل في قول علي له ذلك ويدل على انه لم يرجع حين قال له علي ذلك ما في صحيح مسلم عن عروة بن الزبير ان عبد الله بن الزبير رض قام بمكة فقال ان ناسا اعمى الله قلوبهم كما اعمى ابصارهم يفتون بالمتعة يعرض برجل فناداه فقال انك لجلف جاف فلعمري لقد كانت المتعة تفعل في عهد امام المتقين يريد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ابن الزبير فجرب نفسك والله ان فعلتها لارجمنك بأحجارك الحديث ورواه النسائي ايضا ولا تردد في ان ابن عباس هو الرجل المعرض به وكان رضي الله عنه قد كف بصره فلذا قال ابن الزبير رض كما اعمى ابصارهم وهذا انما كان في حال خلافة عبد الله بن الزبير وذلك بعد وفاة علي رض فقد ثبت انه مستمر القول على جوازها لم يرجع الى قول علي رض فالاولى ان يحكم بانه رجع بعد ذلك بناء على ما رواه الترمذي عنه وقد ظهر ان لا تمسك له به وكان الاولى ان يجيب المصر وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قيل الترجيح وقالوا المعصيات لانها عصية في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لاجلها الا ان اقارب الاب مقدمون **فرع** واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات الى هذا قال انما كانت المتعة في اول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج

وقال زفر رحمه هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد

المرأة يقدر ما يرى انه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شيئا وحتى اذا نزلت الآية الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام انتهى. فهذا يحمل على انه اطلع على ان الامر انما كان على هذا الوجه فرجع اليه وحكاه وقد حكى عنه انما اباحها حال الاضطرار واعلنت في الاسفار واسند الحازمي من طريق الخطابي بابي المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس سارت بفتياك الركبان وقال فيها الشعر قال ما قالوا قلت قالوا قد قلت للشيخ لما زال مجسه يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس هل لك في رخصة الاطراف الانسية تكون مثواك حتى يصدر الناس فقال سبحان الله ما بهذا افتيت وما هي الا كالميتة والدم ولحم الخنزير لا تحل الا للمضطر انتهى ولهذا قال الحازمي انه صلى الله عليه وسلم لم يكن اباحها لهم وهم في بيوتهم واوطانهم واباحها لهم في اوقات بحسب الضرورات حتى حرمها عليهم في آخر سنيه في حجة الوداع وكان تحريما تأبيدا لا خلاف فيه بين الائمة وعلماء الامصار الا طائفة من الشيعة **قوله** وقال زفر رحمه هو جائز يعني النكاح الموقت هو ان يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل هي ويصح النكاح فصار كما اذا تزوجها على ان يطلقها بعد شهر صح وبطل الشرط اما لو تزوج وفي نيته ان يطلقها بعد مدة فانا فلا بأس تزوج النهاريات وهو يتزوجها على ان يكون عندنا نهارا دون الليل **قوله** ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولذا لو قال جعلتك وكيلا بعد موتي انعقد وصية او جعلتك وصيا في حياتي انعقد وكالة ولو اعطى المال مضاربة وشرط الربح للمضارب كان قرضا او لرب المال كان بضاعة ولا يخفى ان على ما حققناه يكون الموقت من نفس النكاح المتعة فلا يحتاج الى عين ابداء الناسخ في رفع قول زفر هذا ومقتضى النظر ان يترجح قوله لان غاية الامر ان يكون الموقت متعة وهو منسوخ لكن يقول المنسوخ معنى المتعة على الوجه الذي كانت الشرعية عليه وهو ما ينتهي العقد فيه بانتهاء المدة وبتلاشي دانا لا اقول به كذلك وانما اقول ينعقد مؤبدا ويلغو شرط التوقيت هو اثر النسخ واقرب نظير الى هذا نكاح الشغار وهو ان يتزوج الرجلان كل موليه الآخر على ان يكون بضع كل موليته مهر موليها في الموليه الآخر صح النهي عنه وقلنا اذا عقد كذلك صح موجبا لمهر المثل لكل منهما ولم يلزمنا النهي لانا لم نقل بذلك موجبا للبضعين مهرين بل على الغاء الشرط المذكور فلم يلزمنا النهي فقول زفر مثل هذا سواء ولا قياسه على ما لو تزوجها على ان يطلقها بعد شهر فيمكنه تركه ان صح عنه الى اصول شتى مما اشترط فيه من النكاح شرط مخالف لمقتضى العقد اذا كان غير صحيح من حيث انه انما عقد مؤبدا ولذا اذا انقضت المدة لا ينتهي النكاح بل هو مستمر الى ان يطلقها فان قلت فلو عقد بلفظ المتعة واراد النكاح الصحيح المؤبد بل ينعقد اولا واذا لم ينعقد بل يكون من افراد المتعة فالجواب لا ينعقد به النكاح لان قصد به النكاح وحضرة الشهود وليس من نكاح المتعة لانه لم يذكر فيه توقيت بل التأبيد وانما كان كذلك لانه لا يصلح مجازا عن معنى النكاح لما في المبسوط من انه لا يفيد ملك المتعة كالاحلال قال فان من اجل لغيره طعاما او اذن له ان يمتع به لا يملكه وانما يتلفه على ملك المبيح فكذلك اذا استعمل هذا اللفظ في موضع النكاح لا يثبت به الملك انتهى يعني انتفى طريق المجاز الذي بيناه في اول كتاب النكاح والله سبحانه اعلم **قوله** ولا فرق بين ما اذا طالت المدة او قصرت نفي لرواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه انهما اذا سميا مدة لا يعيشان اليها صح لتأبيده معنى قلنا ليس هذا تأبيدا معنى بل توقيت بمدة طويلة والمبطل هو التوقيت وقوله لانه المعبر بجهة المتعة يؤيد ما قلناه هذا واذا انساق الكلام الى ان الشرط الفاسد وهو اشتراط ما ليس مقتضى العقد لا يبطل النكاح بل تبطل هو ناسب ان يقترن به الكلام في اشتراط الخيار في النكاح فاذا تزوج على انه بالخيار او هي صح النكاح وبطل الخيار عندنا بناء على ان شرط الخيار كالهزل لان الهازل قاصد للسبب غير راض بحكمه ابدا وشارط الخيار غير راض بحكمه في وقت مخصوص فاذا لم يمنع الهزل ثبوت حكمه للحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة وقد اسلفنا تخريجه فشرط الخيار اولى ان لا يمنع

ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحدهما لا تحل له نكاحها صح نكاح التي حل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احدهما بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى للتي حل نكاحها عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسئلة الاصل

واذا لم يمنع ثبوت حكمه وهو الملك من حين صدور العقد كان اشتراط الخيار شرطا فاسدا فيبطل واما خيار الرؤية فحقيقته لا يتوقف على اشتراط في موضع يثبت كالبيع بل اذا اشترى ما لم يره يثبت له الخيار بلا اشتراط والنكاح ينعقد بلا رؤية اجماعا فلا يتصور ثبوته فيه ولو فرض اشتراط خيار الفسخ اذا رآها كان شرطا فاسدا فيبطل واما خيار العيب فلا يثبت لاحدهما في الاخر اذا وجده معيبا بعرض او رتق او قرن او عقل او جنون او مرض فالج او غيره اياكان عند ابي حنيفة وابي يوسف سوى عيب الجب والعنة فيه على ما ياتي في بابه خلافا للشافعي في العيوب الخمسة القرن والرتق والجنون والجذام والبرص ولمحمد في الثلاثة الاخيرة اذا كانت بحيث لا تطيق المقام معه حيث يثبت لها خيار الفسخ لنا ما عنه صلى الله عليه وسلم انه لتي تزوجها فوجد بكشحها بياضا الحقي باهلك وهذا من كنايات الطلاق بل لا يبعد عده من صرائحه في عرف العرب بالاستقراء فعرف انه لا فسخ عن عيب وحجتنا ايضا قول ابن مسعود رض لا ترد الحرة عن عيب وعن علي رض قال اذا وجد بامرأته شيئا من هذه العيوب فالنكاح لازم ان شاء طلق وان شاء امسك والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فمن عمر انه اثبت الخيار وحمله على خيار الطلاق بعيد فان ذلك ثابت لا يحتاج الى نقل اثبات عمر اياه وقول محمد ارجح فيما يظهر فان ما ذكرنا من طريق التخلص بالطلاق وما افادته هذه الدلائل انما هو في تخلص الرجل فاما المرأة فلا تقدر عليه وهي محتاجة الى التخلص ومامورة بالفرار قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد والكلام في المسئلة طويل اذيل في المبسوط وغيره يحتمل الطلا لا لسنا بصددها اذ ليست من مسائل الكتاب بل المقصود تتميم الفائدة بالفروع المناسبة وكذا لو شرط احد الزوجين على الاخر السلامة من تلك العيوب او من العمى والشلل والزمانة او شرط صفة الجمال فوجد بخلاف ذلك لا خيار في الفسخ ومن هذا وكثيرا ما يقع لو تزوجها بشرط انها بكر فاذا هي ثيب لا خيار له بل ان شاء طلق ويثبت احكام الطلاق قبل الدخول او بعده **قوله** ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحدهما لا تحل له لرضاع او قرابة محرمة صح نكاح المحللة وبطل نكاح المحرمة بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في البيع حيث لا يصح في العبد لان قبول العقد في الحر شرط فاسد في بيع العبد فيبطله وهنا المبطل يخص الحرمة والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة **قوله** ثم جميع المسمى للتي تحل نكاحها عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثليهما كان يكون المسمى الفا ومهر مثل المحرمة الفان والمحللة الف فيلزم ثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث درهم للتي صح نكاحها ويسقط الباقي ولو كان دخل بالتي لا تحل فالمذكور في الاصل ان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ والالف كلها للمحللة قال في المبسوط وهو الاصح على قول ابي حنيفة رح وما ذكر في الزيادات فهو قولهما ان لها مهر مثلها ولا يجاوز حصتها من الالف ولو كان صح نكاحهما اقتسمت الالف على مهر مثلهما اتفاقا **قوله** وهي مسئلة الاصل مثل هذا اللفظ يقصد به الاجمال على ذلك الكتاب بتتميم متعلقات المسئلة منه وحاصل المذكور لهما فيه ان المسمى قوبل بالبضعين ولم يسلما وكلما قوبل بشيئين لم يسلما فاللازم حصة السالم بيان تقرر الكبرى شرعا ما لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبر او خاطب امرأتين بالنكاح بالف فاجابت احدهما دون الاخرى بل ما نحن فيه اولى فان المحرمة دخلت في العقد عنده ولذا لا يجد لو طيها مع العلم بالحرمة عنده ومن ضرورة دخولها انقسام البدل ولمنع كلية الكبرى بل المضموم الى المحللة اما محل او لا ففي الاول ينقسم وفي الثاني لا كما لو ضم جدارا او حمارا فان الكل فيه للمحل والضم لغو وضم المحرمة كذلك فان حكم النكاح المحل والمحرمة ليست محله فلم تدخل والمدبر مال فهو محل ولذا لو قضى القاضي بجواز بيعه نفذ فيدخل في العقد ثم يستحق نفسه بحق الحرية وسقوط الحد عنده في وطي المحرمة المعقود عليها من حكم صورة العقد وسنبين وجهه ان شاء الله تعالى في كتاب الحدود لا من حكم انعقاده والانقسام من حكم الانعقاد والانقسام في المخالطين للاستواء في الايجاب للمحلية فانهما لو اجابتا صح نكاحهما

ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجحدها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رح لان القاضي اخطأ احكام الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا بقي القضاء على الحجة واملكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

معا وانقسم عليهما وهذا وقد ادعى ان ما في الزيادات من انه لو دخل بالتي لا تحل كان لها مهر مثلها لا تجاوز حصتها من الالف قول ابي حنيفة رح فاستشكل بانه فرع دخولها في العقد ودفع بانه قولها لا قوله في الاصح وقوله يجب مهر مثلها بالغا ما بلغ وتقدير التسليم فالمنع من المجاورة الجبرية التسمية ورضاها بالقدر المسمى لا بدخولها في العقد فاما الانقسام للاستحقاق فباعتبار الدخول في العقد فالتي لا تحل هي المختصة بذلك فالكل لها وقد يورد ايضا على قوله ان لها مهر مثلها بالغا ما بلغ ان عدم الدخول في العقد يقتضي اجنبيتها عنه فبأي وجه يجب مهر مثلها وهو فرع الدخول في عقد فاسد ويجاب بان وجوبه بالعذر الذي وجب به ذو رحم المحرم وهو صورة العقد ويورد على قولها ايضا كيف وجب لها حصتها من الالف بالدخول وهو حكم دخولها في العقد ثم يجب المهر لا يجمع الحد والمهر ولا مخلص الا بتخصيصها الدعوى فيجب الحد لانتفاء شبهة المحل والمهر للانقسام بالدخول في العقد قوله ومن ادعت عليه امرأة لقب المسئلة ان القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ينفذ عند ابي حنيفة رح ظاهرا وباطنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة او هي ادعت النكاح او الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا زورا فقضى بالنكاح والطلاق نفذ ظاهرا فيطالب المرأة في الحكم بالتسليم والوطء والنفقة وباطنا فيحل له وطؤها وان علم حقيقة الحال لها تمكينه وقولنا اذا كان مما يمكن القاضي انشاؤه يخرج ما اذا كانت معتدة الغير او مطلقته ثلاثا فادعى انه تزوجها بعد زوج ونحو ذلك مما لا يقدر القاضي على انشاء العقد فيه اما الهبة والصدقة ففي نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان اذا ادعيا كذبا وجه المانعة ان القاضي لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض وقول ابي حنيفة هو قول ابي يوسف رح الاول وفي قول الآخر وهو قول محمد لا ينفذ باطنا فلا يسعه ان يطأها اذا ادعى كذبا واذا كان مدعى عليه يطلقها وهو قول الشافعي رح وكما لا تحل للثاني لا تحل للاول فيما اذا ادعى الطلاق الثلاث كذبا فقضى به وتزوجت آخر عند محمد وعند ابي حنيفة رح تحل للثاني لا للاول لان القاضي يملك تطليق على الغير احيانا بخلاف المعتدة واختها وكذا الاختلاف في دعوى الفسخ بان ادعى احد المتبايعين على صاحبه فسخ البيع كذبا وبرهن زورا ففسخ القاضي ينفسخ البيع وحل للبائع وطؤها لو كانت امة وكذا لو ادعى بيع الامة منه ولم يكن باعه فيقضي بها المدعي الشراء حلت له وكذا في دعوى العتق والنسب وجه تمسكهما في الكتاب ظاهر وايضا القضاء اما امضاء لعقد سابق او انشاء لا يصح الاول لعدم سابق ولا الثاني لانه لا ايجاب وقبول لا شهود ولابي حنيفة ان القاضي مأمور بما في وسعه وانما في وسعه القضاء بما هو حجة عنده وقد فعل وهذا يفيد ان القاضي لو علم كذب الشهود لا ينفذ ولما لم يستلزم ما ذكر انفاذا باطنا اذ القدر التي توجبه الحجة وجوب القضاء وهو لا يستلزم النفاذ باطنا اذا كان مخالفا للواقع وهو محل الخلاف زاد قوله واذا بنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ فافاد اختيار شقي ترديدها وهو انه انشاء المعنى بانه يثبت انشاء اقتضاء للعقد بتقديمه عليه وافاد بذلك جوابها عما البطلا به هذا الشق من عدم الايجاب والقبول والشهود فان ثبوته على هذا الوجه يكون ضمنيا ولا يشترط للضمنيات ما يشترط لها اذا كانت قصديات على ان كثيرا من المشايخ شرطوا حضور الشهود والقضاء للنفاذ باطنا ولم يشترطه بعضهم وهو اوجه ولو انهما ابطلا هذا الشق لعدم التراضي من الجانبين لم يندفع بذلك ولما كان المقتضي ما ثبت ضرورة صحة غيره ولم يظهر وجه احتياج صحة القضاء الى تقديم الانشاء الا اذا اقتصرت صحته الى نفاذه باطنا وليس منتهيا اليه لثبوته مع انتفائه في الاملاك المرسلة حيث يصح ظاهرا لا باطنا اذ قوله قطعا للمنازعة يعني ان المقصود من القضاء قطع المنازعة ولا ينقطع فيما نحن فيه الا بتنفيذه باطنا اذ لو بقيت الحرمة تكررت المنازعة في طلبها الوطء او طلبه مع امتناع الآخر لعلمه بحقيقة الحال فوجب تقديم الانشاء وكان القاضي قال زوجتكها وقضيت بذلك كقول هو حر في جواب اعتق عبدك عني بالف حيث يتضمن البيع وذكر الشيخ كمال الدين رح

باب في الاولياء والاكفاء

ينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رح ينعقد موقوفا وقال مالك والشافعي رح لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا

ان بعض من حضر عنده من المغاربة منع الحصر وقال يمكن قطع المنازعة بان يطلقها قال فاجبته ما تريد بالطلاق الطلاق المشروع او غيره لا اعتبره لغيره والمشروع يستلزم المطلوب اذ لا تحقق الا في نكاح صحيح قال شيخنا سراج الدين رح ليس بجواب صحيح اذ له ان يريد بالطلاق غير المشروع وكونه لا عبرة به في كونه طلاقا صحيحا لا يضر اذ قد ثبت بذلك ان قطع المنازعة الواجب لا يتوقف على التنفيذ باطنا ليجب التنفيذ باطنا بل تحقق طريق آخر لقطع المنازعة وهو ان يتلفظ بلفظ الطلاق فلم يجب التنفيذ باطنا لانه لم يكن له موجب سوى انحصار طريق قطع المنازعة فيه وظهر انه لم ينحصر والحق ان قطع المنازعة ينتهض سببا للتنفيذ باطنا فيما اذا كان هو المدعي لانها لا تقدر على التخلص بلفظ الطلاق لا فيما اذا كانت هي المدعية لما ذكر فيه قصور عن صور المدعي وهو النفاذ باطنا في العقود والفسوخ والذي روي عن محمد علي رضه وهو ان رجلا اقام بينة على امراة انها زوجته بين يدي علي رضه فقضى علي بذلك فقالت المراة ان لم يكن لي سند يا امير المؤمنين فزوجني اياه فقال شاهداك زوجاك يخص ما اذا انحصر قطع المنازعة في التنفيذ باطنا فانه لم ينعقد باطنا لايجابها لما طلبت للحقيقة التي عندها والاوجه ان يراد بالمنازعة في قولها قطعا للمنازعة الالجاج المؤدي الى الضرر اعم من كونه عند القاضي او لا فتناول ما اذا الح الاول في طلبها باطنا بان يتهيأ لقصد جماعها كرها او باشر ضناها وذلك لتبين حقيقة الحال والحل الباطل وفي هذا بعد كونه منشأ مفيدة التقاتل والسفك لكونه عرضت له باطلاع الزوج فيجب عليه فسخ اجتماع زوجين على امراة احدهما سرا والاخر جهرا وكل من الامرين ينبو عن قواعد الشريعة فلا تنقطع المنازعة على الوجه الذي ذكرناه من الاعمية الا بالحكم بالنفاذ باطنا وثبوت الحرمة في نفس الامر بفسخ القاضي فعم الصور ثم على المبتدي بالدعوى الباطلة واثباتها بالطريق الباطل اثم يأثم غير ان الوطء بعد ذلك شبهة وقول ابي حنيفة اوجه وقد استدل على اصل المسئلة بدلالة الاجماع على ان من اشترى جارية ثم ادعى فسخ بيعها كذبا وبرهن يقضى به حل للمبتاع وطؤها واستخدامها مع علمه بكذب دعوى المشتري مع انه يمكنه التخلص بالعتق وان كان فيه اتلاف ماله فانه ابتلي بامرين فعليه ان يختار اهونهما وذلك بالتسليم له فيه وفيه قوله بخلافه الاملاك المرسلة اي المطلقة عن تعيين سبب الملك بان ادعى الملك في هذا الشيء ولم يعين سببا فان القضاء به قضاء بالباطل ليس غير لتزاحم الاسباب اي تعددها فلا يمكن القاضي تعيين بعضها دون بعض اذا لم تقم حجة بخصوصه بخلاف ما عين السبب فيه وقعت الشهادة على تعيينه انه سبب اعلم

باب الاولياء والاكفاء

اولى الشرائط المتفق عليها الشرط المختلف فيه وهو عقد الولي والولي العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة الولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت او ثيبا وولاية اجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت او ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت الولاية باسباب اربعة بالقرابة والملك والولاء والامامة وافتتح الباب بالولاية العاقلة المندوبة تقديما لوجوبها لانه مهم لاشتهار الوجوب في بعض الديار وكثرة الروايات عن الاصحاب فيه واختلافها وحاصل ما عن علمائنا رحمهم الله في ذلك سبع روايات روايتان عن ابي حنيفة تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا الا انه خلاف المستحب وهو ظاهر المذهب ورواية الحسن عنه ان عقدت مع كفو جاز ومع غيره لا يصح واختيرت للفتوى لما ذكر من ان كم من واقع لا يحس المرافعة والخصومة ولكن كل قاض يعدل لو احس الولي وعدل القاضي فقد يترك النفقة للتردد على ابواب الحكام واستشقاء المتعين الخصومات فيتقرر الضرر وكان منعه دفعا له وينبغي تقييد عدم الصحة المفتى به بما اذا كان لها اولياء احياء لان عدم الصحة الان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضرر بهم فانه قد يتقرر لما ذكرنا ما يرجع الى حقهم فقد سقط برضاها بغير الكفو على ما سياتي ان شاء الله تعالى في فصل الكفاءة وعن ابي يوسف ثلاث روايات لا تجوز مطلقا اذا كان لها ولي ثم رجع الى الجواز من الكفو لا من غيره ثم رجع الى الجواز مطلقا من الكفو وغيره وروايتان عن محمد رح النفاذ موقوفا على اجازة الولي ان اجازه نفذ والا بطل الا اذا كان كفوا وامتنع الولي يجبره القاضي العقد ولا التفات اليه وروايته رجوعه الى ظاهر

لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رح يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار

الزوج انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار

الزوج فتحصل ان الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفو وغيره هذا على الوجه الذي ذكرناه عن ابي يوسف من ترتيب الروايات عنه وهو ما ذكره السرخسي رح واما على ما ذكر الطحاوي رح من ان قوله المرجوع اليه عدم الجواز الا بولي كذا الكرخي رح في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز الا بولي وهو قوله الاخير فلا رجح بعضهم قول الشيخين لانها اقدم واعرف بمذاهب اصحابنا لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي رح والتعويل عليه حيث قال عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف الى اخره وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة ثلثا نفسها بغير كفو ودخل بها لا تحل للاول قالوا ينبغي ان تحفظ هذه المسئلة فان المحلل في الغالب يكون غير كفو واما لو باشر الولي عقد المحلل فانها تحل للاول واذا جاز من غير الكفو على ظاهر المذهب فللولي ان يفرق بينهما على ما نذكره في فصل الكفاءة انشاء الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد بعبارة النساء اصلا اصيلة كانت او وكيلة قوله لان النكاح شرع في الاسد لال لقول الشافعي ومالك رح وهو ان النكاح لا يراد لذاته بل لمقاصده من السكن والاستقرار لتحصيل النسل وترتيبه ولا يتحقق ذلك مع كل زوج والتفويض اليهن مخل بهذه المقاصد لانهن سريعات الاغترار سيئات الاختيار فيخترن من لا يصلح خصوصا عند غلبة الشهوة وهو غالب حالهن فصارت الانوثة مظنة قصور الراي لما غلب على طبعهن مما ذكرنا فاستلزم هذا التقرير كون علة ثبوت الولاية في النكاح الانوثة لا بتلك انه قاصر عن عموم الدعوى فانها لو عقدت باذن الولي لها في رجل معين كقول محمد لا يصح عندهم والوجه المذكور لا يشمله ونحن نمنع علية الانوثة ونهيها عن المباشرة كيلا تنسب الى الوقاحة بل العلة الصغر على ما بينين والمفسدة المذكورة ليست لازمة لمباشرتها ولا غالبة ولا يناط الحكم بالانوثة اذ ليست ملزومة دائما ولا غالبا كما هو شان المظنة ويجر الوقوع احيانا لا يوجب المظنة واذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم عن ذلك قليل بالنسبة الى من يقوم في دفع العار المستمر عن نفسه فوقوع المفسدة قليل وتقريرها بعد وقوعها قليل في قليل فانتفت المظنة وبقي انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة ولهذا كان لها اختيار الازواج فلا تزوج ممن لا ترضاه ثم استشعر ان يورد عليه منع انه خالص حقها والا لم يطالب الولي به فاجاب انما يطالب به كيلا تنسب الى الوقاحة وهذا كلام على الشيء هو غير مفيد الا وساوي وهو منتف فان له ادلة اخرى سمعية هي المعول عليها وهي قوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن نهى الاولياء عن منعهن من نكاح من يخترنه وانما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع وهو الانكاح وما في السنن عن عائشة رض قال صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل حسنه الترمذي وقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي رواه ابن داود والترمذي وابن ماجة واحاديث اخر في ذلك والجواب اما الآية فمعناها الحقيقي النهي عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعوهن ان ينكحن اذا اريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم في اول الآية واذا طلقتم النساء فلا تعضلوهن اي لا تمنعوهن جميعا بعد انقضاء العدة ان يتزوجن ويوافقها قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره لانه حقيقة اسناد الفعل الى الفاعل واما الحديث المذكور وما بمعناه من الاحاديث فمعارضة بقوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها رواه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطا والايم من لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا في كتاب الامثال لابي عبيد في امثال اكثم بن صيفي كل ذات زوج بعل سيقيم يضرب ليحول الزمن باهله وانشد قول الاول اقاطم اني مالك فتبيني ولا تجزعي كل النساء يتيم وجه الاستدلال انه اثبت لكل منها وهن الولي حقا في ضمن قوله احق ومعلوم انه ليس للولي سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها احق منه به وبعد هذا اما ان يجري بين هذا الحديث وما روي حكم المعارضة والترجيح او طريقة الجمع فعلى الاول يترجح هذا بقوة السند وعدم الاختلاف في صحته بخلاف الحديثين فانهما اما ضعيفان

الازواج وانما یطالب الولی بالتزویج کیلا ینسب الی الوقاحة ثم فی ظاهر الروایة لا فرق بین الکفو وغیر الکفو لکن للولی الاعتراض فی غیر الکفو وعن ابی حنیفة وابی یوسف انه لا یجوز فی غیر الکفو لانه کفر واقع لا یرفع ویروی رجوع محمد الی قولهما

فحدیث لا نکاح الا بولی مضطرب فی اسنادہ فی وصلہ وانقطاعہ وارسالہ قال الترمذی ہذا حدیث فیہ اختلاف وسمی جماعة منہم اسرائیل وشریک رووہ عن ابی اسحق عن ابی بردة عن ابی موسی الاشعری عن النبی صلی اللہ علیہ وسلم ورواہ اسباط بن محمد وزید بن حبان عن یونس بن ابی اسحق عن ابی بردة عن ابی موسی ورواہ ابو عبیدة الحداد عن یونس بن ابی اسحق عن ابی بردة ولم یذکر فیہ عن ابی اسحق فقد اضطرب فی وصلہ وانقطاعہ وقد روی شعبة وسفیان الثوری عن یونس بن ابی اسحق عن ابی بردة عن النبی صلی اللہ علیہ وسلم وہذا اضطراب فی ارسالہ لان ابا بردة لم یرہ صلی اللہ علیہ وسلم وشعبة وسفیان اضبط من کل من تقدم قال واسندہ بعض اصحاب سفیان عن شعبة وللصحیح ثم اسند الی شعبة قال سمعت سفیان الثوری یسال ابا اسحق سمعت ابا بردة یقول قال رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم لا نکاح الا بولی قال نعم ولا یخفی ان ہذا الکلام الرامی اما علی رأسنا فلا یضر الارسال وحدیث عائشة رض عن ابن جریج عن سلیمان بن موسی عن الزہری عن عروة عن عائشة رض وقد انکرہ الزہری قال الطحاوی ذکر ابن جریج انہ سال عنہ ابن شہاب فلم یعرفہ حدثنا بذلک ابن مرزوق ثنا یحیی بن معین عن ابن علیة عن ابن جریج بذلک وا ما حسان فبنا علی ان الاصح فی الاول صلہ لان الوصل والرفع مقدمان علی الوقف والارسال عند التعارض علی الاصح وان کان شعبة وسفیان احفظ من غیرہما لکن حکایة شعبة تفید انہما سمعاہ من ابی اسحق فی مجلس واحد ظاہرا وغیرہما سمعوہ منہ فی مجالس وفی الثانی ان الثقة قد ینسی الحدیث ولا یعد قادحا فی صحتہ لبعد عدالة من روی عنہ وفقہہ ولذلک نظایر اشہرہا ما روی ان ربیعة ذکر سہیل بن ابی صالح حدیثا فانکرہ فقال لہ ربیعة انت حدثتنی بہ عن ابیک فکان سہیل یقول بعد ذلک حدثنی ربیعة عنی اللہم الا ان یقال ہذا فی عدم التکذیب اما اذا کذبہ بان یقول ما رویت ذلک فنصوا فی الاصول علی ردہ وفی حکایة ابن جریج ایماء الی ذلک فی روایة ابن عدی فی الکامل ایاہا فی ترجمة سلیمن بن موسی حیث قال قال ابن جریج فلقیت الزہری فسالتہ عن ہذا الحدیث فلم یعرفہ فقلت لہ ان سلیمن بن موسی حدثنا بہ عنک قال فاثنی علی سلیمن خیرا وقال اخشی ان یکون وہم علی انتہی فہذا اللفظ فی عرف المتکلمین من اہل العلم یفید معنی نفیہ بلفظ النفی واما ما ضعفتہ بہ من ان عائشة رضی اللہ عنہا روایتہ علمت بخلافہ علی ما فی الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابیہ عن عائشة رض انہا زوجت حفصة بنت عبد الرحمن بن المنذر بن الزبیر وعبد الرحمن غائب بالشام فلما قدم عبد الرحمن قال ومثلی تفعل ہذا فی بناتی وکلمت عائشة رض المنذر بن الزبیر فقال ان ذلک بید عبد الرحمن وقال عبد الرحمن ما کنت لارد امرا قضیتہ فاستقرت حفصة عند المنذر ولم یکن ذلک طلاقا فاول علی معنی انہا اذنت فی التزویج وعہدت اسبابہ فلما بقی الا العقد اشارت الی من یلی امرہا عند غیبة ابیہا ان یعقد یدل علی ذلک ما روی عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابیہ قال کانت عائشة رض تخطب الیہ المرأة من اہلہا فتشہد فاذا بقیت عقدة النکاح قالت لبعض اہلہا زوج فان المرأة لا تلی عقد النکاح وفی لفظ فان النساء لا ینکحن اسندہ البیہقی عنہ وعلی کلا التقدیرین فالتقدمة للصحیح وہو ما رواہ مسلم وابو داود والترمذی والنسائی ومالک فی الموطا وہو ما اسند للنایة وعلی الثانی وہو اعمال طریقة الجمع فبان یحمل عمومہ علی الخصوص وذلک شائع وہذا یخص حدیث ابی موسی بعد جواز کون النفی للکمال والسنة وہو محمل قولہما فان النساء لا تلی ولا ینکحن فی روایة البیہقی بان یراد بالولی من یتوقف علی اذنہ ای لا نکاح الا بمن لہ ولایة لینفی نکاح الکافر المسلمة والمعتوہة والامة والعبد ایضا لان النکاح فی الحقیقة عام غیر مقید وعلی ہذا التاویل یتم العمل بالحدیث الجامع لاشتراط الشہادة والولی وہو ما قدمناہ من روایة ابن حبان فی فصل الشہادة مخصص حدیث عائشة بمن نکحت غیر الکفو والمراد بالباطل حقیقتہ ای قول من لم یصحح ما باشرتہ من غیر کفو او حکمہ علی قول من صححہ وثبت للولی حق الخصومة

ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح

في فسخه كل ذلك شائع في اطلاق النصوص ويجب ارتكابه لدفع المعارضة بنيا على انه يخالف مذهبهم فان مفهومه اذا نكحت نفسها باذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم والله سبحانه اعلم فثبت مع المنقول الوجه المعنوي وهو انها تصرفت في خالص حقها وهو نفسها وهي من اهله كالمال فيجب تصحيحه مع كونه خلاف الاولى **قوله** ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح معنى الاجبار ان يباشر العقد فينفذ عليها شاءت او ابت ومبنى الخلاف ان علة ثبوت ولاية الاجبار هو الصغر او البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعي البكارة فابتنى عليه ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل بها وطلقت قبل البلوغ لم يجز للاب تزويجها عنده حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله ان الحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة في ثبوت ولاية اجبارها في النكاح بجامع الجهل بامر النكاح وعاقبته ونحن نمنع ان الجهل بامر النكاح هو العلة في الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة مع ان الجهل ينتفي لانه قلما يجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه وبهذا يسقط ما يمكن ان يقال لكن الجهل حكمة تعليق الحكم بالصغر كما ذكرتم لكن يجوز تعدية الحكم باعتبار الحكمة المجردة ان وجدت على المختار بل تعليق الحكم في الاصل بالصغر المتضمن لقصور العقل المخرج له عن اهلية ان يرجع اليه في رأي وان يلتفت اليه في امر ونهي وهذا الذي ظهر اثره في التصرفات من البيع والشراء والاجارة والاقتضاء وغيرها من سائر التصرفات اتفاقا على ان الخلاف في الحكمة المجردة الظاهرة المنضبطة وظاهر كلام الفريقين هناك ان ذلك لم يتحقق في الشرع بعد ثم لا يخفى ان الجهل غير منضبط بل يختلف باختلاف الاشخاص فلا يعتبر اصلا بل المظنة والكلام فيما هي البكارة او الصغر فقلنا الصغر اما البكارة فمعلوم الغاؤها من الصريح والدلالة ونوع من الاقتضاء ومقصود الشرع اما الصريح ففي سنن ابي داود والنسائي وابن ماجة ومسند الامام احمد من حديث ابن عباس رضي الله عنهما ان جارية بكرا اتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وهذا حديث صحيح فانه عن حسين ثنا جرير عن ايوب عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما وحسين هو ابن محمد المروزي احد المخرج لهم في الصحيحين وقول البيهقي انه مرسل لرواية ابي داود ونقل ابن ابي حاتم عن ابيه تخطاه الوصل لرواية حماد هذه وابن علية عن ايوب عن عكرمة من حديث محمد بن عبيد عن حماد بن زيد عن ايوب عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ونسبته الوهم في الوصل الى حسين لانه لم يروه عن جرير غيره مردود اما اولا فبحجية المرسل الصحيح واما ثانيا فقد تابع حسينا على الوصل عن جرير سليمان بن حرب كما نقله صاحب التنقيح عن الخطيب البغدادي قال فبرئت عهدته يعني حسينا وزالت تبعته ثم اسنده عنه قال ورواه ايوب عن سويد هكذا عن الثوري عن ايوب موصولا وكذا رواه معمر بن سليمان عن زيد بن حبان عن ايوب فزال الريب وصار الحاصل ان عكرمة قال مرة ان جارية بكرا اتت النبي صلى الله عليه وسلم فارسل وذكر مرة او مرارا بواسطة بينه وبين النبي صلى الله عليه وسلم ولا يدري في ذلك قال ابن القطان حديث ابن عباس هذا صحيح وليست هذه خنسا بنت خذام التي زوجها ابوها وهي ثيب فكرهته فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحه فان هذه بكر وتلك ثيب انتهى على انه روي ان خنسا ايضا كانت بكرا اخرج النسائي في سننه حديثها وفيه انها كانت بكرا ورواه عن عبد الله بن يزيد عن خنسا قالت انكحني ابي وانا كارهة وانا بكر فشكوت ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم الحديث لكن رواية البخاري ترجح قال ابن القطان والدليل على انهما اثنتان ما اخرجه الدارقطني عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم رد نكاح ثيب وبكر انكحهما ابوهما وهما كارهتان قال ابن القطان وتزوجت خنسا بمن هو بينه وهو ابو لبابة بن عبد المنذر صرح به في سنن ابن ماجة قولت له السائب بن ابي لبابة انتهى وهذا الحديث وان كان فيه اسحق بن ابراهيم بن جرير الطبري وهو ضعيف لكن لم يتفرد به عن الدبري فقد رواه عنه ايضا ابو سلمة مسلم بن محمد بن عمار الصنعاني

لعدم التجربة ولهذا يقبض الأب صداقها بغير أمرها ولنا أنها حرة فيكون للغير عليه ولاية الإجبار والولاية على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال

ودهم الدارقطني الدارمي نفسه عن الثوري وصوب إرساله عن يحيى عن المهاجر عن عكرمة مرسلا وعلى كل حال يتم به المقصود الذي ستناه لو أخرج الدارقطني عن شعيب بن إسحق عن الأوزاعي عن عطاء عن جابر أن رجلا زوج ابنته وهي بكر من غير أمرها فأتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما وهذا عن جابر ووهم شعيبا في رفعه قال والصحيح أنه مرسل وبه يتم مقصودنا أما أنه حجة وأما لا فذكرناه للاستشهاد والتقوية لأحاديث أخر روي عن ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم وإن تكلم فيها وأما ما استدلوا به من قوله صلى الله عليه وسلم الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأمرها أبوها في نفسها فاحتجوا لأنه خص الثيب بأنها أحق فأفاد أن البكر ليست أحق بنفسها سنة فاستفادوه ذلك بالمفهوم وهو ليس حجة عندنا ولو سلم فلا يعارض المفهوم الصريح الذي ذكرناه من وجه ولو سلم فنفس نظم الباقي الحديث يخالف المفهوم وهو قوله والبكر يستأمرها إلى آخره إذ وجوب الاستئمار على ما يفيده لفظ الخبر مناف للإجبار لأنه بالطلب الأمر والإذن وفائدته الظاهرة ليست إلا استعلام رضاها أو عدمه فيعمل على وفقه هذا هو الظاهر من طلب الاستئذان فيجب البقاء معه وتقديمه على المفهوم ولو عارضه والحاصل من لفظ إثبات الأحقية للثيب بنفسها مطلقا ثم أثبت مثله للبكر حيث أثبت لها حق أن تستأمر وغاية الأمر أنه نص على أحقية كل من الثيب والبكر بلفظ يخصها كأنه قال الثيب أحق بنفسها والبكر أحق بنفسها أيضا غير أنه أفاد أحقية البكر بأخذ في ضمن إثبات حق الاستئمار لها وسببه أن البكر لا تخطب إلى نفسها عادة بل إلى وليها بخلاف الثيب فلما كان الحال أنها أحق بنفسها وخطبتها تقع للولي صح بإيجاب استئمارها إياها فالإثبات عليها تزويجها قبل أن يظهر رضاها بالخطب ويعضد هذا المعنى الرواية الأخرى الثابتة في صحيح مسلم وأبي داود والترمذي والنسائي ومالك في الموطأ الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها والأيم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا على ما ذكرناه قريبا فإنها صريحة في إثبات الأحقية للبكر ثم تخصيصها بالاستئذان وذلك لما قلنا من السبب وبه تتفق الروايتان بخلاف ما مشى عليه فإنه إثبات المعارضة بينهما وتخصيص المطلق وهو الأيم لإعمال المفهوم مع أن باقي نفس رواية الثيب ظاهرة في خلاف المفهوم على ما قررناه في صحيح الرد الذي صح عنه صلى الله عليه وسلم كما مر فلا يجوز العدول عما ذهبنا إليه في تقرير الحديث خصوصا وهو جمع ظاهر بطريق الحمل والتخصيص ولا يدفعه قاعدة لغوية ولا أصلية وفي سنن النسائي عن عائشة رضي الله عنها أن فتاة دخلت عليها فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خسيسته وأنا كارهة قالت اجلسي حتى يأتي رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأرسل إلى أبيها فجعل الأمر إليها فقالت يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي وإنما أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء وهذا يفيد بعمومه أن ليس لها المباشرة حقا ثابتا بل الاستحباب فيه وليل من جهة تقريره صلى الله عليه وسلم قولها ذلك أيضا وهو حديث حجة وما قيل هو مرسل بن أبي بريدة فالمرسل حجة وبعد التسليم فليس بصحيح فإن سند النسائي ثنا زياد بن أيوب عن علي بن عراب عن كهمس بن الحسن عن عبد الله بن بريدة ورواه ابن ماجة ثنا هناد بن السري ثنا وكيع عن كهمس بن الحسن عن ابن بريدة عن أبيه قال جاءت فتاة وحمله على أن ذلك لعدم الكفاءة خلاف الأصل مع أن العرب لا يعتبرون في الكفاءة النسب والزوج كان ابن عمها وأما الدلالة فلا ولاية له أن يتصرف في أقل شيء من مال البكر البالغة إلا بإذنها وكل المال دون النفس فكيف يملك أن يخرجها قسرا إلى من هو أبغض الخلق إليها ويملكه رقها ومعلوم أن في ملك جميع مالها هو عليها من ذلك وهذا مما ينبو عنه قواعد الشرع وأما الاقتضاء فجميع ما في الستة من الصحاح والحسان المصرحة باستئذان البكر ومنع التنفيذ عليها بلا إذنها كما في حديث أبي هريرة رضي الله عنه لا تنكح البكر حتى تستأذن الحديث وسيأتي ما يقبل له فائدة إلا الحمل على وفقه لاستحالة أن يكون الغرض من الاستئذان إنها أن تخالف فلو كان الإجبار ثابتا لزم ذلك وعوى الأمر بالاستئذان عن الفائدة بل لزمت الإحالة لما لم يكن الاقتضاء المصطلح قائما فيما تقدم إنه نوع منه فظهر ظهورا لا أزلة أن إيجاب استئذانها صريح في نفي إجبارها والولاية

وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال فاذا استأذنها الولي فسكتت او ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا

عليها في ذلك واما تحقيق مقصود شرعية العقد فلان المقصود من شرعية انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ويتربى ولا يتحقق هذا مع غاية المنافرة فاذا عرف قيام سبب انتفاء المقصود الشرعي قبل الشروع وجب ان لا يجوز لانه عقد لا يترتب عليه فائدته ظاهرا بخلاف ما اذا لم يكن ذلك ظاهرا ثم ظهر بعد العقد والله سبحانه اعلم **قوله** واذا ملك الخ يعني ان العادة جرت لقبض الابكار الصدقة الابكار ليمهرن بها مع اموال النفس من غير معارضة البنات في ذلك الا باذنهن لاستحياء البنات من المطالبة والاقتضاء وكان الاذن منهن ثابتا دلالة فظهر اذا لم يذكرنا فعن ذلك يبرأ الزوج بالدفع اليه الا ان يوجد منهما صريحا لان الدلالة لا تعتبر مع الصريح بخلاف متعلقها ومن فروع قبض الاب صداقها انه لا يملك الا قبض المسمى حتى لو كانت بيضاء لا يملك قبض السود ولا العكس لانه استبدال ولا يملكه قال الحلواني هذا مذهب علمائنا وعن محمد انهم جوزوا وهو ارفق بالناس وفي الفتاوى الصغرى وان قبض الاصياع يعني بدل المسمى لا يجوز الا في مكان جرت العادة فيه بذلك كما في رساتيقنا يأخذون بعض المهر ضياعا فاذا كانت كبيرة بكرا فلو كانت صغيرة جاز قبض الضياع وغيرها مما يختاره لانه بيع والاب يملك بيع مال ابنته الصغيرة وفي النوازل وان كان في بلد يتعارفون قبض الضياع باضعاف قيمتها جاز لانه قبض المهر بحكم العرف وليس شراء في الحقيقة وللاب ان يطالب بالمهر وان كانت الزوجة صغيرة لا يتمتع بها بخلاف النفقة لانها جزاء الاحتباس ووجوب المهر حكم نفس العقد والجد عند عدم الاب كالاب لا يملك غيرها قبض المهر ولا الام الا بحكم الوصاية والزوجة صغيرة حتى لو قبضت الام بلا وصاية فكبرت البنت لها مطالبة الزوج ويرجع هو على الام كذا ذكر وفي جوامع الفقه زاد للقاضي قبض صداق البكر صغيرة كانت او كبيرة الا اذا نهت ولو طلب الام مهرها اعني البكر البالغة فقال الزوج دخلت بها يعني فلا تملك قبضه لانها خرجت عن حكم الابكار وقال الاب بل هي بكر في منزلي فالقول قول الاب لان الزوج يدعي حادثا بلا بينة فان قال الزوج حلفه انه لم يعلم اني دخلت بها قال الصدر الشهيد يحتمل ان يحلف وهو جواب لان الاب لو اقر بذلك صح اقراره في حق نفسه حتى لم يكن له ان يطالب بالمهر وكانت المطالبة للبنت فكانت التحليف مفيدا ورأيت في ادب القاضي انه لا يحلف ولو طالبت الزوج فادعى دفعه للاب ولا بينة غير ان الاب اقر انه قبضه ان كانت البنت بكرا وقت الاقرار صدق ادبيا فلا لان اقراره حالة البكارة في حال ولايته قبضه بخلاف حال الثيوبة ولا يشكل عدم تصديقه حال الثيوبة بما اذا كانت كبيرة فلو كانت صغيرة صدق ولو تزوجها صغيرة فدخل بها ثم بلغت فطلبت المهر فقال الزوج دفعت الى ابيك وانت صغيرة وصدقه الاب لا يصح اقراره عليها اليوم ولها ان تأخذ المهر من الزوج وليس للزوج ان يرجع على الاب لانه اقر باستحقاقه القبض الا ان قال عند قبض المهر اخذته منك على ان ابرأتك من صداق بنتي فح له ان يرجع عليه اذا انكرت **قوله** واذا استأذنها فسكتت الخ ظاهر حكما ودليل والمراد بالسكوت الاختياري فلو اخذها باسعال او عطاس او اخذ فمها فخلصت فردت ارتد ولا فرق بين العلم والجهل في التجنيس حتى لو تزوجها ابوها فسكتت وهي لا تعلم ان السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون اذنا في الصحيح وما حكاه بقوله وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا وضحك الاستهزاء لا يخفى عن غيره واذا بكت بلا صوت لا يكون ردا اختيره للفتوى وعن ابي يوسف في البكاء انه رضى لانه شدة الحياء وعن محمد رد لان وضعه لاظهار الكراهة والمعول اعتبار قرائن الاحوال في البكاء والضحك فان تعارضت او اشكل احتيط وعن هذا اعتبر بعضهم من ان دموعها ان كانت حارة فهو رد او باردة فهو رضا لكنه اعتبار قليل الجدوى وعديمه اذ الاحساس بكيفية الدمع لا يتهيأ الا لذي الباكي ولو ذهب الانسان بحيث لا يدرك حقيقة المقصود وليس بمعتاد ولا يطمئن القلب الى انه كذا وذكر شيخ الاسلام وغيره مسائل اعتبر السكوت فيها رضى منها هذه وضمت اليها ما تيسر وقد جمعتها في هذه الابيات لتسهيل الحفظ ❊ سكوت بكر في النكاح وفي ❊ قبض الابن صداقها اذن ❊ قبض الملك والمبيع ولو ❊ في فاسد واذا اشترى لها عن ❊ ولد الصبي وذو الشراء اذا ❊ كان الخيار له كذا سنوا ❊ مولى الاسير يباع وهو يرى ❊ وابو الولد اذا انقضى الزمن ❊

قال وان فعل هذا غير الولي يعني استام غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان المستام رسول الولي لانه قائم مقامه وتعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لتنظر هل رغبتها فيه من رغبتها عنه

وعقيب شق الزق او دف يبقى به الاسكان اذ ظنوا ٭ وعقيب قول مواضع يمضي ٭ او وضع مال زاد ريزوا ٭ وبلوغ جارية وزوجها ٭ غير الابين بذاك قد سنوا ٭ وكذا الشفيع وذو المهالة في النسب شراه من به صغن ٭ واذا يقول لغيره فسكت ٭ هذا متاعي بعه بامعن ٭ واذا راى ملكا يباع له ٭ وتصرفوا زمنا فلم يدين ٭ قولي سكوت بكر يشمل ما قبل النكاح وما بعده اعني اذا زوجها فبلغها فسكت قولي قبض المملك يدخل فيه الموهوب والمتصدق به اذا قبضا بمراى من المملك فسكت كان قبضا معتبرا يثبت به الملك وكذا المبيع ولو في بيع فاسد اذا قبضه المشتري بمراى من البائع فسكت صح فيسقط حق حبس البائع اياه الى استيفاء الثمن فليس له ان يسترده بل يطالب بالثمن وفي كتاب الاكراه لا يكون اذنا صحيحا في الفاسد واذا اشترى ثمن يعني اذا اشترى العبد شيئا بحضرة سيده فسكت كان اذنا قال الحلواني لكن نفس ما وقعت الرؤية فيه لا يجوز بل ما بعده والصبي اذا اشترى او باع بمراى من وليه فسكت كالعبد وذو الشرى اي المشتري عبدا اذا كان له الخيار فراى العبد يبيع ويشتري فسكت سقط خياره لان الاذن فرع نفاذ البيع ومولى الاسير اي العبد الذي اسر اذا ظهر على دار الحرب فوقع في سهم مسلم كان مولاه احق به بالقيمة فلو باعه من آخر ومولاه يراه فسكت بطل حقه وليس له ان ياخذه وابو الوليد اذا سكت ولم ينه حتى مضت ايام التهنئة على الخلاف في مقدار رضه اهو الاسبوع او مدة النفاس لزمه فلا ينفي بعد والسكوت عقيب شق رجل زقه حتى سال ما فيه لا يضمن الشق ما سال وعقيب بجلف على ان الاسكن فلانا وفلان ساكن فيحنث فان قال عبده اخرج فابى لم يحنث وعقيب قول مواضع اي رجل واضع غيره على ان يظهر بيع تحيه ثم قال بدالي جعله بيعا نافذ المبيع من الآخر فسكت كان نافذا عقيب رجل وضع متاعه بحضرته وهو ينظر اليه يكون قبولا للوديعة فيلزمه حفظها وتضمن بتركه والشفيع اذا تهنئ ينفع فيه فسكت كان تسليما وذو المهالة مجهول النسب اذا بيع فسكت فهو اقرار بالرق فلا يقبل دعواه الحرية الا ببينة زاد الطحاوي رح في اعتبار سكوته رضا وقيل له قم مع سيدك فقام واذا يقول رجل لغيره بع متاعي فسكت ثم باعه بعد يكون سكوته قبولا للوكالة لا بيع بعد ولبس من فروع هذه ما في الجوامع لو استامر بنت عمه لنفسه هي بكر بالغة فسكتت فزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا بسكوتها واذا راى ملكا له منقولا او عقارا يباع فسكت حتى قبضه المشتري وتصرف فيه زمانا سقط دعواه اياه ذكره في تتمة الفتاوى وغيرها بخلاف ما لو كان سكوته عند مجرد البيع فانه لا يكون رضا واعتبر اخابان لا حق له فيه عندنا خلافا لابن ابي ليلى والتي زوجتها مسئلة للوديعة والاستفراء يفيد عدم الحصر وهذه المشهورة لا المحصورة

قوله وان فعل هذا اي الاستيذان غير ولي بان كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او ولي غيره اولى منه كالاخ مع الاب لم يكن سكوتها ولا ضحكها رضى بل نطقها به وهذا يشمل رسول الولي فاخرجه اخرا بقوله بخلاف ما اذا كان المستام رسول الولي لانه قائم مقامه سكوتها عند استيذانه رضا وعن الكرخي رح يكفي سكوتها وان كان المستام اجنبيا لان استحياءها منه اكثر منه مع الولي قلنا السكوت فيه له ظاهر آخر وهو قلة الالتفات الى كلامه فصار محتملا على السواء فلم يقع دلالة على الرضا الا للحاجة وهي تندفع باعتباره مع الاولياء لانهم هم المزوجون غالبا وكان اعتباره في محل الحاجة بخلاف غيرهم اذ لا يعتبر المحتمل في غير محل الحاجة وانما كان حاجة لانها لا تنطلق فلو لم يكتف بالمحتمل تعطلت مصالحها وهذا يقتضي انه مع الاولياء ايضا محتمل على السواء وبنا فيه قوله لان جنبة الرضا فيه غالبة فكان الاولى الاقتصار على قوله فلم يقع دلالة على الرضا وقول المص ولو وقع كان محتملا ظاهر العبارة ولو وقع دلالة كان محتملا ان اراد احتمالا مساويا لم يصح جعله دلالة وان اراد مرجوحا كان الرضا مظنونا فهو دلالة فيكون كافيا مطلقا لا يتقيد بحال كون المستام وليا فان قيل يشكل على هذا الحكم المذكور اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذنها ان تسكت ونحوه من غير تقييد بكون المستام وليا قلنا يتقيد بالعرف والعادة وهي ان المستاذن للبكر ليس الا الولي بل لا يخلص اليها غيره قوله ويعتبر في الاستيمار اي يعتبر في كون السكوت رضا في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة لها اما باسمه

ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم الخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا

كان زوجك من فلان او فلان او في ضمن العام لاكل عام نحو من جيراني او بني عمي وهم محصورون معروفون لها لان عند ذلك لا يعارض كون سكوتها رضا معارض بخلاف من بني تميم او من رجل لانه عدم تسميته يضعف الظن ولو زوجها بحضرتها فسكتت اختلف فيه والاصح الصحة وينبغي تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا او عرفته قبل ذلك ولو زوجها بحضرتها بغير كفو فسكتت لم يكن رضا في قول محمد بن سلمة وهو قول ابي يوسف وهو قال الفقيه ابو الليث وهو يوافق قولهما في الصغيرة قوله ولا يشترط تسمية المهر اي في كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة والصحيح الاول لان النكاح صحيح بدونه وصحح في شرح الوافي ان المزوج ان كان الاب او الجد لا يشترط والا يشترط لان الاب لو نزل عن مهر المثل لا يكون الا لمصلحة تربو عليه فان سمى المهر اقل من مهر المثل لا يكون سكوتها رضا انتهى والاوجه الاطلاق وما ذكر من التفصيل ليس بشيء لان ذلك في تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام في الكبيرة التي وجبت مشاورتها والاب في ذلك كالاجنبي لا يصدر عن شيء من امرها الا برضاها غير ان رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف كونه رضا ومقتضى النظر ان لا يصح بلا تسمية المهر لهذا بجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة فالم تعلم ثبوتها لا ترضا وصحة العقد بالتسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقنعت بمهر المثل بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب ان لا يترك الا لما يربو عليه لا يقتضي رضاها بتركه لذلك المصلحة فقد لا تختار ذلك والكلام في البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه من قول ابي حنيفة انما هو في الصغيرة اما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير ان سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية او تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا او لخوف الزوج على صدره فلا يثبت الرضاء به وفي غيره ليس الاحتمال متساويا بل الراجح جهة الرضا مما اكتفى الابا المظنون على ما ذكرناه آنفا وقد يقال سكوتها اذا لم يسم لها الولي مهرا مع علمها بانه يعتبر رضا وينفذ العقد عليها بالتفويض ورضاها بمهر المثل وبكل مهر لكن يدفع بان علمها بان سكوتها مع عدم التسمية بكل مهر هو محل النزاع فلا يلزم علمها وفي التجنيس في باب ما يكون رضا واجازة اذا ذكر الزوج ولم يذكر المهر فسكتت ان وهبها يعني فوضها ينفذ النكاح فان زوجها بمهر مسمى لا ينفذ لانه اذا وهبها فتمام العقد بالزوج والمرأة عالمة به واذا سمى مهرا فتمامه به ايضا انتهى وهو فرع اشتراط التسمية في السكوت كون رضا ويجب كون الجواب في المسئلة الاولى مقيدا بما اذا علمت بالتفويض تفريعا على القول الآخر قوله ولو زوجها فبلغها الخبر فهو على ما ذكرنا من انها ان سكتت او ضحكت بلا استهزاء او بكت بغير صوت فهو رضا والا فلا وقال ابن مقاتل لا يكون السكوت بعد العقد رضا لان كونه قبله رضا على خلاف القياس بالنص والبعد فالحاجة الى ان اجازة والسكوت لا يكون اجازة لانه ليس في معنى المنصوص فان السكوت عند الاستيمار ليس ملزما وبعده اذا بلغها الخبر ملزم فلا يثبت بمجرد السكوت وعن ابي يوسف ان السكوت بعد العقد رد ذكره في البدايع قال وهو قول محمد وهو الاصح الاول لان وجه كون السكوت رضا لا يختلف قبل العقد وبعده فلما كان اذنا قبله لدلالته على الرضا وجب ان يكون اجازة بعده لدلالته عليه ولا اثر للفرق بكونه ملزما وعدمه على ان الحق انه ملزم في كل منهما غير انه في تقدم العقد يثبت به اللزوم في الحال وقبله يتوقف على التزويج من المستاذن فان قيل يوجه قول ابن مقاتل ورواية ابي يوسف بالنص وهو رواية الائمة الستة عن ابي هريرة عن صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت فهذا صريح في منع النكاح قبل الاستيذان فالجواب ان الاتفاق على انها لو صرحت بالرضا بعد العقد نطقا جاز النكاح مع انه متناول ظاهر النهي فعلم ان الاتفاق على ان المراد بالنهي ان المنع عن تنفيذ العقد عليها وابرامه قبل اذنها وانما الخلاف في ان الاجازة بعد العقد بما ذا يكون فقلنا دل النص على كونها بما كان الاذن به قبله ولا يعارضه النهي المذكور بعد الاتفاق على ان المراد منه ما ذكرنا وعلى هذا فرعوا انه لو استاذنها في غير معين فردت ثم زوجها منه فسكتت جاز على الاصح بخلاف ما لو بلغها فردت ثم قالت رضيت

ولها نظائر واستاذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا منها
وقال الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تفليس فهي في حكم الابكار لانها
بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها منه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رح لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها
عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه
فيكتفى بسكوتها كيلا تفتضح عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او نكاح فاسد لان الشرع
اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها

حيث لا تجوز لان العقد يبطل بالرد فالرضا بعد ذلك بعقد مفسوخ ولذا استحسنوا التجديد عند الزفاف فيما اذا زوج قبل الاستيذان اذ غالب حالهن اظهار
النفرة عند فجاءة السماع هذا والاوجه عدم الصحة لان ذلك الرد الصريح لا ينزل عن تضعيف كون ذلك السكوت دلالة الرضا ولو كانت قالت قد كنت قلت لا اريد
ولم تزد على هذا لا تجوز النكاح للاخبار بانها حلت اتفاقا **فروع** ولو زوجها وليان مستويان كل من واحد فسكت فعن محمد رح بطلا كما لو اجازتهما معا
وهو القياس لان سكوتها رضا وظاهر الجواب انهما يتوقفان حتى يجيز احدهما بالقول او بالفعل ونقله في البدائع عن محمد رح ففيه روايتان ولو زوجها
من رجل فبلغها فردت ثم قالت في مجلس آخر بعد ما قال لها ان اقواما يخطبونك لك اراضيت بما فعل فزوجها من الاول لا ينفذ عليها الا باجازة مستقبلة لان
تقديم كلامه اذا رغبت عن فلان فان اقواما آخرين يخطبونك فلا ينصرف رضاها الآن الى بايع الاول وهذا كمن طلق امرأته ثم قال لرجل اني كرهت فلانة فطلقتها فزوجني
بامرأة ترضاها فزوجه المطلقة لا يصح وكذا اذا باع عبدا ثم وكل بشراء عبد فاشترى له الاول لا يصح ولو زوجها فبلغها فقالت لا اريد النكاح فهو رد على الاصح وقولها غيره
احب الي قبل العقد رد وقبله اذن لانه محتمل فلا يجوز قبل النكاح بالشك ولا يبطل بعده بالشك كذا في الواقعات وقولها اذا ذاك اليك اذن وقولها انت اعلم ليس
باذن لانه تقريب قولها او يقاربه بالقاربيه تو بدانى ولو استاذنها فقالت لا يكون اذنا لانه قد يذكر للتعريض لعدم المصلحة فيه وحقيقة تو بدانى انت بالصلاة
اجدر او بالاحسن اعلم وهذا اختيار الفقيه ابو الليث بخلاف قولها ذاك اليك فانه اذن لانه انما يذكر للتوكيل ولا يخفى ان مسئلة غيره واجب مشكلة ولا يخفى ضعف
قوله لا يبطل بعده بالشك لان ذلك انما يتم بعد الصحة وهو بعد الاذن **قوله** وله نظائر كاخبار الوكيل بالعزل والماذون بالحجر والمولى بجناية عبده ليكون بيعه
واعتاقه اختيار الفداء والشفيع ببيع ما يشفع فيه وبفسخ الشركة والمضاربة ووجوب الاحكام على المسلم الذي لم يهاجر في دار الحرب ان كان المخبر
رسولا لا يشترط اتفاقا ولو فاسقا او عبدا لانه قائم مقام المرسل فاخباره كاخباره وان فضوليا ففي الخلاف عنده يشترط في لزوم الحكم العدد وعند
الواحد فلو اخبر غير المهاجر بحكم شرعي لا يثبت في حقه الا باثنين او عدالة الواحد **قوله** واذا استاذن الثيب اي الكبيرة اما الصغيرة فلا استيذان في حقها
اصلا كالبكر الصغيرة فلا بد من رضاها بالقول صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور ولا تكون المشاورة الا بالقول لانها طلب الرأي ثم هي مفاعلة
فيقتضي وجوده من الجانبين وفي كل من الحكم والدليل نظر اما الدليل فلعدم دلالته على لزوم القول سلمنا ان المشاورة طلب الرأي لكن لا نسلم انه يتأتى
في افادة الرأي فعل اللسان بل قد يفاد بغيره ولزوم القول في حق الطالب ضروري لا مفهوم اللغة وح فكون المشاورة تستدعي جوابا باللفظ ممنوع واستدل
بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابي هريرة رض السابق لا تنكح الايم حتى تستأمر والامر بالقول لا بغيره ومنع بما في السنن من حديث ابن عباس الثيب والبكر تستأمر في نفسها
واذنها صماتها وأجيب بانه خرج عن حقيقته هنا بقرينة قوله واذنها صماتها ولم يوجد مثلها في الثيب فيجب حقيقته واخرج من هذا قوله في حديث آخر والثيب يعرب عنها
لسانها لكن يشكل عليه ان الحكم في المذهب خلافه وهو النظر الثاني بل انا به كنعم ورضيت وبارك الله لنا واحسنت وبالدلالة بطلب المهر والنفقة وتمكينها من الوطء
وقبول التهنئة والضحك سرورا لا استهزاء وح فلا فرق سوى ان سكوت البكر رضى بخلاف الثيب لا بد في حقها من دلالة زائدة على مجرد السكوت والحق ان
الكل من قبيل القول الا التمكين فثبت بدلالة نص الزام القول لانه فوق القول **قوله** واذا زالت بكارتها اي اذا زالت بوثبة او حيضة او جراحة او
تفليس وهي ان تصير عانسا اي عضفا ولم تتزوج او خرق استحيا او عود او حمل ثقيل تزوج كالابكار اتفاقا وكذا اذا فارقها الزوج بحيث او عنة او طلقها
قبل الدخول ولو بعد الخلوة وهذه مما يخالف حكم الخلوة والدخول وكذا اذا مات بعد الخلوة قبل الدخول لانها في هذه الصور كلها بكر حقيقة لانها لم
يصبها مصيب ولهذا لو اوصى لابكار بني فلان دخلت هذه ومنع بالجارية تباع على انها بكر حيث تزداد وجدت زالت البكارة بوثبة ونحوها فلو كانت بكرا لم ترد

واذا قال الزوج بلغك النكاح فسلمت وقال رددت فالقول قولها وقال زفر رحمه الله القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه قد ردعواه بالحجة وان لم تكن له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الاستحلاف في الاشباه السنة وسيأتيك في الدعوى انشاء الله

والجواب ان البكر يقال على من لم يصبها مصيب ومنه الباكورة لاول الثمار والبكرة لاول النهار وعلى العذراء وهو اخص اذ هي من لم يصبها مصيب ومن افراده قائمة العذرة فهو متواطئ وحمل على هذا الفرق في بيع المبنى على المشاحة فترد لفوات العذرة وهي تلك الجلدة وعلى الاعم الاوسع في النكاح المبني على التوسعة وشدة التشبث حتى لزم من الهازل والمكره وبصيغة الامر بخلاف البيع على انه قد قيل اذا اعترف المشتري بان زوالها بوثبة لا ترد لان العادة ارادة العذرة في اشتراط البكارة في البيع فيتقيد بها وايضا لو اوصى لابكار بني فلان دخلت هذه وايضا الاستحياء قائم وانها علة مقصودة فيثبت الحكم في مواضع وجودها بالنص وفيه نظر اذ الاستحياء حكمة نص عليها لا يناط الحكم عليها لعدم انضباطها ولذا لو فرض استحياء من زالت بكارتها بزنى اشد من العذراء لا تزوج كالبكر وهذا لان الحكمة وان كانت هي المقصودة من شرح الحكم لا يناط بها اذا كان فيها مراتب متفاوتة او خفاء في تحققها في بعض المحال ولا يناط الا بظاهر ضابط لكل مرتبة وهو المسمى بالمظنة فيثبت الحكم عند ثبوته من غير التفات الى الحكمة وجدت او عدمت ولو اعتبر حياء البكر لانه هو المنضبط اتحد الحاصل اذ يستلزم قيام البكارة في ثبوت الحكم وان زالت بزنى مشهور او بوطئ بشبهة او نكاح فاسد زوجت كالثيبات اتفاقا وان زالت بزنى غير مشهور فهو محل الخلاف فعندهما والشافعي تزوج كالثيب وعنده كالبكر وجه قولهما انها ثيب حقيقة فان مصيبها عامد اليها ومنه المثوبة جزاء عمله يعود اليه والمثابة الموضع الذي يرجع اليه حتى تدخل في الوصية للثيبات من نبات فلان ولانها عرفت بكرا فتمتنع عن النطق مخافة ان يعلم زنا ما حياء من ظهوره وذلك اشد من حيائها بكرا من اظهار الرغبة فيثبت الجواز بدلالة نص سكوت البكر وهذا يفيد لو كان الحياء مطلقا هو العلة لكنه حياء البكر الصادر عن كرم الطبيعة فلا يلحق به المتنازع فيه وبه يندفع جواب ما اورد من قوله صلى الله عليه وسلم لا تنكح الايم حتى تستأمر والثيب يعرب عنها لسانها من انه عام خص منه الثيب المجنونة والامة فتخص بما ذكرنا من جعل الشارع الحياء علة وهو موجود في المزنية ونفس المجيب صرح بعده في مسئلة ثبوت الولاية على الثيب الصغيرة بان الايم من لا زوج لها وان كانت بكرا بعد نقل قول محمد رحمه الله لو اوصى لايامى بني فلان لا تدخل الابكار وصح دخولهن كقول الكرخي لذلك والاولى ان الغرض ان الزنى غير مشهور ففي الزامها النطق اشاعة له فيعارض دليل الزامها النطق دليل المنع من اشاعة الفاحشة في هذه الصورة والمنع يقدم عند التعارض فيعمل دليل نطق الثيب فيما وراء هذه وايضا الظاهر من مراد الشارع من البكر المعتبر سكوتها رضى البكر ظاهرا كما هو في امثاله لا في نفس الامر ولذا لم يوجب على الولي استكشاف حالها عن استيذانها اهـ بكرا لان ليكتفي بسكوتها ام لا بل اكتفى بالبناء على الاصل الذي لم يظهر خلافه والكلام هنا في ثبوته بزنى لم يظهر فيجب كونها بكرا شرعا ولذا قلنا لو ظهر لا يكفي سكوتها **قوله** اذا قال الزوج بلغك الخ صورته ادعى على بكر بالغة ان وليها زوجها منه قبل استيذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت فالقول لها عندنا وقال زفر رحمه الله القول له تمسكا بالاصل وهو عدم الكلام ونظير هذا الخلاف فيما اذا قال سيد العبد ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال العبد لم ادخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده للعبد وهذه العبارة اولى من قوله في المبسوط ان الخلاف في مسئلة النكاح بناء على الخلاف في مسئلة العبد اذ ليس كون احدهما نفسه مبنى الخلاف في الآخر باولى من القلب بل الخلاف فيهما معا ابتداء ووجه قوله فيهما التمسك بالاصل المتبادر وهو عدم الدخول وعدم الكلام قياسا على المتفق عليه من ان المشتري بالخيار اذا ادعى بعد مدة الخيار رد البيع قبل مضيها وقال البائع بل سكت حتى انقضت فان القول للبائع اتفاقا لتمسكه بالاصل والشفيع اذا قال علمت بالبيع امس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت القول قول المشتري اما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له والمزوجة صغيرة من الولي غير الاب والجد اذا قالت بعد البلوغ كنت رددت حين بلغني الخبر بعد البلوغ او حين بلغت وكذبها الزوج فان القول له وعندنا القول لمن يشهد له الظاهر سواء كان ذلك الظاهر هو الاصل بحسب ما يتبادر او بحسب المعنى ولا يخفى ترجح هذا الاعتبار واذا كان كذلك فقد

ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة وقال مالك رح يخالفنا في غير الاب والشافعي رح في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب تثبت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا يتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى

ادعى بدعواه سكوتها تملك بضعها من غير ظاهر معه وهي تنكر والظاهر الاستمرار على الحالة المتيقنة من عدم ورود ملك عليها الذي هو الاصل فكانت هي متمسكة باصل معنى هو الظاهر فكان القول لها كالمودع يدعي رد الوديعة والمودع ينكر فان القول للمدعي الرد وان كان مدعيا صورة لتمسكه بالاصل الظاهر وهو فراغ ذمته لكونه ظاهرا لا بكونه اصلا بخلاف مسئلة الخيار لان العقد ثبت صحيحا في الاصل وقد لزم بمضي المدة ظاهرا فالتمسك بعدمه تمسك بالظاهر وكذا المرأة وجه صغيرة تدعي زوال ملكه بعد ما فقد عليها حال صغرها يقينا والزوج منكر ومتمسك الشفيع ثم ان اقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لانها لم تقم على النفي بل على حالة وجودية في مجلس خاص يحاط بطرفيه او هو نفي يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت ان زوجها تكلم بما هو ردة في مجلس فاقامها على عدم التكلم فيه تقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا في الجوامع وان اقاما بينتيهما اولى لاثبات الزيادة اعني الرد فانه زائد على السكوت ولو كان اقامها على انها رضيت او اجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما في الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا في الشروح وعزاه في النهاية للتمرتاشي وكذا هو في غير نسخة من الفقه لكن في الخلاصة نقلا عن ادب القاضي للخصاف في هذه المسئلة لو اقام الاب والزوج البينة على الاجازة والمرأة على الرد فبينتها اولى فيحصل في هذه الصورة اختلاف المشايخ ولعل وجه ان السكوت لما كان مما يتحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلم يجزم باستواء البينتين في الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم اجزه بعد الدخول لم يتصدق على ذلك الا ان كانت مكرهة فح القول لها لظهور دليل السخط دون الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا لانه يقر عليها بثبوت الملك واقراره عليها بالنكاح بعد بلوغها غير صحيح بالاتفاق لانه لا يملك الزام العقد عليها فلا يعتبر اقراره في لزومه ايضا كذا في المبسوط ولو لم يكن للزوج بينة تذهب من عصمته من غير يمين تلزم به عند ابي حنيفة رح وعندهما عليها فان كانت بقي النكاح عندهما وهي مسئلة الاختلاف في الاشياء وزيد عليها دعوى الامة انها سقطت مستبين الخلق فصارت ام ولد وجمعتها في هذين البيتين ٭ نكاح وفيه ايلاء ورق ٭ ورجع ولا نسب ٭ ودعوى الاماء امومية ٭ فليس بها يمين وجب ٭ وسياتي في الدعوى صورها والفتوى على قولهما فيها وقيل يتامل قاضي في حال المدعي فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا بقولها وفي الغاية مغربيا الى فتاوى الخاص انه لو ادعى رجل على آخر انه زوجه بنته الصغيرة فانكر يحلف عند ابي حنيفة وفي الكبيرة لا اعتبار بالاقرار فيها واستشكل على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البدل لا لامتناع الاقرار الا ترى ان امرأة لو اقرت لرجل بنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف لو ادعى عليها فانكرت فالاشبه ان يكون هذا قولهما **قوله** ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي لقوله تعالى واللائي لم يحضن فاثبت العدة للصغيرة وهو فرع تصور نكاحها شرعا فيثبت به منع ابن شبرمة وابي بكر الاصم منه وتزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست نص قريب من المتواتر وتزوج قدامة بن مظعون بنت الزبير يوم ولدت مع علم الصحابة رضي الله عنهم نص في فهم الصحابة عدم الخصوصية في نكاح عائشة رض **قوله** والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد وفي الثيب الصغيرة فعنده لا يلي عليها احد حتى تبلغ فتزوج باذنها وقد ذكرناها وجه قول مالك رح ان الولاية على الحرة انما تثبت لحاجتها ولا حاجة قبل البلوغ لعدم الشهوة الا ان ولاية الاب تثبت نصا بخلاف القياس لان اثر الحرية دفع سلطنة الغير وهو تزويج ابي بكر عائشة رض وهي بنت ست والجد ليس في معنى الاب ليلحق به دلالة لقصور شفقته بالنسبة اليه ولذا يقدم وصي الاب عليه فيقتصر على مورد النص قلنا بل هو موافق للقياس لان النكاح يراد لمقاصده ولا يتوفر الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبات ولاية الاب بالنص لعلة احراز الكفو اذا ظهر به للحاجة اليه اذ قد لا يظفر بمثله اذا فات بعد حصوله فيتعدى الى الجد وجه

ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة ومع القصور لا يثبت ولاية الالزام وجه قوله في المسئلة الثانية ان البنابة سبب لحدوث الراى لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الراى بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذى يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عليه السلام النكاح الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية النكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فان زوجها الاب او الجد يعني الصغيرة والصغير فلا خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الراى وافر الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما بعد البلوغ وان زوجها غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح

قول الشافعي رح ان التفويض الى غيرهما مخل بها لقصور شفقته لبعد قرابته ودلالة الاجماع على اعتبارها فيه من القصور رسالبا للولاية وهو الاجماع على عدم ولاية في المال الا بوصية وهو اوفى من النفس فسلبها في النفس اولى ولما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح اليتيمة حتى تستامر واليتيمة الصغيرة التي لا اب لها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم وفي الحديث ان قدامة بن مظعون زوج بنت اخيه عثمن بن مظعون من بن عمر رض فرفعها صلى الله عليه وسلم وقال انها يتيمة وانها لا تنكح حتى تستامر وتاثير هذا الوصف ان فرط شفقة حتى لم تثبت له ولاية في المال ففي النفس اولى ان لا تثبت ولنا قوله تعالى فان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء الاية منع من نكاحهن عند خوف عدم العدل فيهن وهذا فرع جواز نكاحها عدم الخوف لا يقال ذلك بمفهوم الشرط لان الاصل جواز نكاح غير المحرمات مطلقا فمنع من هذه عند خوف عدم العدل فعند عدمه يثبت الجواز بالاصل المطلق لا مضافا الى الشرط ويصح بجواز نكاحها قول عائشة رض انها نزلت في يتيمة يكون في حجر وليها يرغب في مالها ولا يسقط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا بهن سنتهن في الصداق وقالت في قوله تعالى في يتامى النساء اللاتي لا تؤتونهن ما كتب لهن الاية نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمامتها ولا يزوجها من غيره كي لا يشاركه في مالها فانزل الله تعالى هذه الاية فهذه الاية امر بتزويجهن من غيرهم او تزويجهن وزوج صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رض من عمر بن ابي سلمة وهي صغيرة وانما زوجها بالعصوبة لا بالولاية تثبت بالنبوة لانه صلى الله عليه وسلم لم يزوج بها قط ولو فعل لم يزوج احدا عنه لكن كانوا يتزوجون من غير علمه وحضوره على ما في حديث جابر انه سأله عن تزوجه فذكر انها ثيب فقال هلا بكرا الحديث وراى على عبد الرحمن بن عوف الصفرة فقال منهم قال تزوجت وسأله كم ساق لها والاثار في جواز ذلك شهيرة عن عمر وعلي وابن مسعود واعبن وابي هريرة رض والمعنى ان الحاجة الى الكفو ثابتة لان مقاصد النكاح انما تتم معه وانما يظفر به في وقت دون وقت والولاية لعلة الحاجة فيجب اثباتها احرازا لهذه المصلحة مع ان اصل القرابة داعية الى الشفقة غير ان في هذه القرابة قصورا اظهرناه في اثبات الخيار لها اذا بلغت واذا قام دليل الجواز وجب كون المراد باليتيمة في الحديث اليتيمة البالغة مجازا باعتبار ما كان الا ترى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المنع بالاستيمار وانما تستامر البالغة وحديث قدامة تاويله انه خيرها صلى الله عليه وسلم فاختارت الفسخ الا ترى الى ما روى عن ابن عمر رض انه قال والله لقد انتزعت مني بعد ان ملكتها وانا المال فانه يعارض ذلك القدر من الشفقة كونه محبوب الطبع حبا يفضي الى القطيعة عند المعارضة في قرابة العصبات بالخيانة فيه لنفسه ولغيره بالمحاباة ويخفى لتعذر احضاره لتداول الايدي عليه ولحمولته او نسيانه او التسوى في العوض في المقايضة فلا تفيد الولاية غير الملزمة فائدة عدم اللزوم وهو التدارك فانتفت والملزمة تنتفي لقصور الشفقة فتعذر اثبات الولاية وحاصله ان القرابة مع قصور الشفقة مقتضاها ولاية غير ملزمة وقد تعذر مقتضاها في المال فانتفت فيه وامكن في النفس فثبتت فيه وهذا لما اثبتنا فيه من الخيار عند البلوغ والرد قبله من القاضي عند الاطلاع على عدم النظر من تنقيص مهر او عدم كفاءة وجه قوله في الثيب الصغيرة انها للحاجة ولا حاجة بحدوث الراى في امر النكاح لممارسته ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم الثيب تشاور فاذن منع النكاح قبل المشاورة ولا مشاورة حالة الصغر فلا نكاح حالة الصغر وهو المطلوب ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة الى احراز الكفو والولاية عليها في النكاح مع عدم الشهوة ليس الا لتحصيله ولا راى حالة الصغر باعتبار انه حيث منع المشاورة قبل البلوغ لعدم اهلية المشاورة حتى اخر جواز انكاحها الى البلوغ فكان اصل هذا الكلام تناقضا فان سلب الولاية لعلة حدوث الراى لتصريح بحديث الراى تاخير نكاحها لعدم اهلية المشاورة يناقضه فلزم كون المراد بالثيب في الحديث البالغة حيث علق بالثيوبة ما لا يعتبر الا بعد البلوغ فاذا لم يحدث الراى قبل البلوغ والحاجة متحققة قبله تثبت الولاية لتحقق الحاجة على ما ذكرنا

وقال ابو يوسف رح لا خيار لها اعتبارا بالاب والجد لهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد
عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الراي
في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل
ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الاخ فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك
عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد
علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم فتسكت شرط
العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي يتفرد به

فمدار الولاية الصغر قال المصنف رح والذي يؤيد كلامنا فيما تقدم يعني من جواز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي العصبة مطلقا بعد ما كفينا مؤنته
اثباته بما تقدم قوله صلى الله عليه وسلم النكاح الى العصبات من غير فصل بين الاب والجد وغيرهما من العصبات في صورة الصغر ولما روي عن علي
موقوفا ومرفوعا وذكره سبط ابن الجوزي بلفظ الانكاح وتقدم تزويجه صلى الله عليه وسلم امامة بنت عمه حمزة رضي الله عنه وهي صغيرة وقال لها الخيار اذا بلغت هذا
والترتيب في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب فتقدم عصبة النسب واولاهم الابن وابنه وان سفل ولا يتاتى الا في المعتوهة
وهذا قولهما خلافا لمحمد فانه يرى ان الاب مقدم على الابن وسياتي المسئلة وهل تثبت الخيار للام المعتوهة اذا افاقت وقد زوجها الابن في الخلاصة
ولو زوجها الابن فهو كالاب بل اولى ثم الاب ثم الجد ابوه ثم الاخ الشقيق ثم الاب وذكر الكرخي رح ان الاخ والجد يشتركان في الولاية عندهما وعند ابي حنيفة
رضي الله عنه ويرضى عنه يقدم الجد كما هو الخلاف في الميراث والاصح ان الجد اولى بالتزويج اتفاقا ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب ثم العم الشقيق
ثم لاب ثم ابن العم الشقيق ثم ابن العم ثم اعمام الاب كذلك الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد الشقيق ثم ابناؤه ثم عم الجد لاب ثم ابناؤه وان سفلوا
كل هؤلاء لا يثبت لهم ولاية الاجبار على البنت والذكر في حال صغرهما واذا جنا مثلا غلام بلغ عاقلا ثم جن فزوجه ابوه وهو رجل جاز
اذا كان جنونا مطبقا ولم يقدر ابو حنيفة في الجنون المطبق قدرا على ما سنذكره فان افاق فلا خيار له واذا زوجه اخوه فافاق فله الخيار ثم
العتق وان كان امراة ثم بنوه وان سفلوا ثم عصبة من النسب على ترتيب عصبات النسب واذا عدم العصبات هل يثبت لذوي الارحام يأتي
قوله وقال ابو يوسف يعني آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع الى ان لا خيار وهو قول عروة بن الزبير اعتبارا بالاب والجد وهذا ان الولاية لم تشرع
في غير موضع النظر واذا حكم بالنظر قام عقد الولي مقام عقد نفسه بعد البلوغ وقولهما قول ابن عمر وابي هريرة رضي الله عنهم لان قرابة الاخ ناقصة فتشعر
بقصور الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد وقد اظهر الشرع اثر هذا النقصان حيث منع ولايته في المال فيجب اظهاره في النفس اذ علم انه ناظر الى اظهار
اثره فيجب التدارك باثبات خيار الادراك ولما قدمنا من تزويجه صلى الله عليه وسلم بنت عمه حمزة رضي الله عنه وهي صغيرة وقال لها الخيار قوله وهو الصحيح احتراز
عن رواية خالد بن صبيح المروزي عن ابي حنيفة انه لا يثبت الخيار اذا كان المزوج القاضي للتهمة لان ولاية الام من ولاية العم لانها في النفس والمال جميعا
وعن ما روي عن ابي حنيفة انه لا خيار فيما اذا زوجت الام ابن شقيقها فوق شفقة الاب وجه الظاهر ظاهر من الكتاب لفاء نشر مرتبا قوله ويشترط فيه
اي في الفسخ ويشترط القضاء في الفرقة في مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالعيب واللعان وكلها طلاق
وبابا زوج الذمية التي اسلمت وهي طلاق خلافا لابي يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء في قوله في خيار
البلوغ والاعتاق + فرقة حكما بغير طلاق + فقد كفو كذا ونقصان مهر + ونكاح فساده باتفاق + ملك احدى الزوجين او بعض زوج + ارتداد كذا على
الاطلاق + ثم جب وعنة ولعان + وابي الزوج فرقة بطلاق + وقضاء القاضي في الكل شرط غير ملك رده وعتاق + وقوله باتفاق احتراز عن الحامل من زنا فان
نكاحها جائز عند ابي حنيفة ومحمد رح فاسد عند ابي يوسف فالفرقة منه بطلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احتراز عن قول محمد رح فان يفرق
بين الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وبين المراة فهي فسخ وكل فرقة بطلاق اذا وقع عليها في العدة طلقة وقعت الا في اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة
وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها ووجه الاحتياج الى القضاء بقوله لان الفسخ لدفع ضرر خفي وظاهر العبارة تحقق الضرر وخفاؤه
ليس بثابت فالاولى ان يقال لدفع ضرر غير متحقق بل نظرا الى سببه وهو قصور القرابة المشعرة بقصور الشفقة وقد يظهر خلافه مما هو اثر النظر من

فعذرت بالجهل ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذرت بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحال ابتداء النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس

من كون الزوج كفوا والمهر تاما والخيار ثابت لها في هذه الحالة كغيرها فقد ينكر الزوج عدم النظر فيرى ان فسخها لا يصادف محلا فاحتيج الى القضاء لالزامه بناء على تعليق حكم الخيار بخطئه ترك النظر لا بحقيقته ولا يدع في خلو المظنة المعلل بها عن الحكمة في بعض الصور كما في سفر الملك المرفه في عمله بلاد متقاربة كل يوم نصف فرسخ على المراكب الهنية تنزها يجوز له القصر ولان في سببه ضعفا وخلافا بين العلماء بخلاف خيار العتق فانه لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها باستدامة النكاح ولهذا يختص بالانثى لاقتصار السبب وهو زيادة الملك عليها بخلاف العبد اذا اعتق فاعتبر خيارها دفعا لضرر زيادة مملوكيتها ولا خلاف فيه فلم يحتج الى القضاء واعترض بانه دفعها هذه الزيادة التابعة لاصل النكاح برفعه وفيه جعل التابع متبوعا وهو نقض الاصول لانه عكس المعقول لا يقال الشيء اذا كان تابعا باعتبار الوجود يكون متبوعا في النفي ولا يخفى ان كل لازم نفيه مستلزم لنفي الملزوم مع ان وجوده لازم وجوده فاستتباع الزيادة اصل النكاح في النفي لا يكون عكس المعقول بل دفعه لانا نقول المراد انه لا يجوز ان ينفي التابع اذا كان مستلزما لنفي المتبوع الثابت لتضمنه دفع الاقوى لغرض دفع الادنى والجواب انه اذا كان مقتضى الدليل وجب ويكون ح رفع المتبوع مقتضى الدليل بواسطة اقتضاء لزومه وهو ثابت هنا وهو النقض فالوجه في السؤال طلب حكمته مع انه يتضمن ضرر الزوج فلم يرجح دفع ضرر بما على دفع ضرر وا الجواب ان دفع ضررها يبطل حقا مشتركا بينهما وهو باستيفاء حق مشترك له ولها يثبت لنفسه حقا عليها فدفعها اولى ولانه رضي بهذا الضرر حيث تزوجها مع العلم بثبوت خيار العتق شرعا قوله فتعذر ارادة الامة المعتقة بالجهل بثبوت الخيار لها اذا كانت مشغولة بالخدمة الواجبة الشاغلة لها عن التعلم بخلاف الحرة لا تعذر به لانتفاء هذا المعنى في حقها قوله ثم خيار البكر يبطل بالسكوت انما ذكره بعد ما قدم من قوله فسكتت فهو رضى لبيان ان يكون سكوتها رضا فيما تقدم هو اذا كانت بكرا فان العبارة هناك اعم من ذلك وليتبين الفرق بينها وبين الغلام والثيب حيث قال ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم انه ايضا كالوطء ودفع المهر والكسوة والنفقة ويحمل كون دفع المهر رضى اذا لم يكن دخل بها لانه كان دخل بها اقتضاء بلوغه بينهما ان يكون دفع المهر بعد بلوغه رضى لانه لا بد منه فاقام دفعه وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ يعني لا يبطل خيارها بالسكوت بعد البلوغ ما لم تقل رضيت او يجيء منها ما يعلم انه رضى كالتمكين من الوطء وطلب الواجب اعتبارا لهذه الحالة اي حالة ثبوت الاختيار بحال ابتداء النكاح فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الخيار وهي ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهي بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضي ان خيار الثيب لا يبطل ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليقيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الى آخره قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس بل يبطل بمجرد سكوتها والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بان حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح او مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف خيار البكر يمتد الى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء قال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط فان فيه ثبوت الخيار لها في الساعة التي تكون فيها بالغة اذا كانت عالمة بالنكاح وعلى هذا قالوا ينبغي ان تطلب مع رؤية الدم فان رأته ليلا تطلب بلسانها فتقول فسخت نكاحي وتشهد اذا اصبحت وتقول رأيت الدم الآن وقيل محمد كيف يصح وهو كذب وانما ادركت قبل هذا فقال لا تصدق في الاسناد فجاز لها ان تكذب كيلا يبطل حقها ثم اذا اختارت واشهدت ولم تتقدم الى القاضي الشهر والشهرين فهي على خيارها لخيار العيب وما ذكر في بعض المواضع من انها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهي في مكان منقطع لزحمة ولم تجد ينبغي ان يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما قيل لو سألت عن اسم الزوج او عن المهر وسلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه غاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وان كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضى على الخلاف

او يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام لكمال ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الحال اي مما يبطل بالرضاء غير ان سكوت البكر رضا بخلاف
خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيمتد فيه المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى
ولا طلاق اي ايضا لان الخيار لتحقق ما بينا بخلاف الخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق وان ماز احدهما قبل البلوغ ورثه الآخر ولذا اذا مات
بعد البلوغ قبل التفريق كان سبيل المقدم سبيل الثابت به اي بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثم موقوف
فيبطل بموتهما هنا اذ تقرر قال ولا ولاية للعبد والصغير والمجنون لانه لا ولاية لاحد على انفسهم فاولى ان لا يثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية
ولا نظر في التفويض في هذه الولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته
عليه ولا يتوارثان اما الكافر فيثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض

فان ذلك اذا لم تسأل عنه الظهور انها رضية بكل مهر والسؤال يفيد نفي الظهور في ذلك وانها توقف رضاها على معرفة كميته وكذا السلام على القادم لا يدل
على الرضا كيف وانما ارسلت لتزيل الاشهاد على الفسخ ولو فسخ خيار البالغ بالشفعة لقول طلب القيمة ثم تبدأ في التفسير بخيار البلوغ ولو زوج امته الصغيرة
ثم اعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولاية المولى كالاب ولان خيار العتق يغني عنه والعبد الصغير اذا بلغ كذلك في الاصح الا انه لا يتصور في حقه خيار
العتق فيطلق ان شاء **قوله** ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام ووجهه ظاهر من الكتاب والحاصل انها اذا بلغت ثيبا فوقت خيارها العمر لان سببه عدم الرضا فيبقى
الى ان يوجد ما يدل على الرضا بالنكاح وكذا الغلام على هذا التفاوت كلامهم وما في غاية البيان مما نقل عن الطحاوي حيث قال خيار المدركة يبطل بالسكوت اذا كانت بكرا
وان كانت ثيبا لم يبطل به وكذا اذا كان الخيار للزوج لا يبطل الا بالتصريح الابطال او بجنى منه دليل على ابطال الخيار كما اذا اشتغلت بشيء آخر او اعرضت عن الاختيار
بوجه من الوجوه مشكل اذ يقتضي ان الاشتغال بعمل آخر يبطله وهذا التقييد بالمجلس ضرورة اذ بتداء حقيقة او حكما يستلزم ظاهرا وفي الجوامع وان كانت ثيبا ص
بلغها او كان غلاما لم يبطل بالسكوت وان اقامت معه اياما الا ان ترضى بلسانها او بوجه ما يدل على الرضا من الوطء او التمكين منه طوعا او المطالبة بالمهر او
النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة في التمكين صدقت ولا يبطل خيارها وفي الخلاصة ولو اكلت من طعامه او خدمته فهي على خيارها لا يقال كون القول لها
في دعوى الاكراه في التمكين مشكل لان الظاهر يصدقها **قوله** بخلاف خيار العتق متصل لقوله لا يمتد الى آخر المجلس اي فيمتد خيار العتق الى آخر المجلس ووجه الفرق
ان خيار العتق يثبت باثبات المولى لان حكم العتق الثابت باتمامه فاقتضى جوابا في المجلس كالتمليك في المخيرة وحاصل وجوه الفرق بين خياري البلوغ
والعتق خمسة اوجه احتياجه الى القضاء ولو فسخ احدهما ولم يفسخ القاضي حتى مات ورثه الآخر وله الوطء بعد الفسخ قبل القضاء بخلاف خيار العتق ينفسخ النكاح
بمجرد فسخهما ولا يبطل خيار العتق بالسكوت الخ ويبطل خيار البلوغ اذا كان من جهة المرأة وهي بكر بخلاف الغلام والثيب لان السكوت لم يجعل في حقهما رضا
ويثبت خيار لكل من الذكر والانثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم اعتقه لا خيار له لان خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف في الذكر وخيار البالغ
لما عن قصور الشفقة وهي يعمها لا يقال الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكر ان وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار وما ثبت
الخيار الا للحاجة لانا نقول لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق ان كان قبل الدخول بل يلزمه وهنا اذا قضى القاضي بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شيء واما
بعده فيلزمه كله لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث وفي الجوامع اذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوي الطلاق فهي طالق وان نوى الثلاث فثلث وهذا
حسن لان لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والرابع ان الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر في خيار العتق دون البلوغ والخامس ان خيار البلوغ يبطل
بالقيام عن المجلس ولا يبطل خيار البلوغ في الثيب والغلام وتقبل شهادة المولين على اختيار امتهما التي زوجها نفسها اذا اعتقها ولا تقبل شهادة
الفاصلين الزوجين بعد البلوغ انها اختارت نفسها لان سبب الرد قد انقطع في الاولى بالعتق ولم ينقطع في الثانية اذ هو السبب وهو باق **قوله** ثم الفرقة بخيار البلوغ
لا يثبت بطلاق بل فسخ لانه نقض عهد الطلاق فلو جدد بعده ملك الثلاث وكذا خيار العتق لما بينا من انه يصح من الانثى ولا طلاق اليها ومن انه ثبت باثبات المولى
ولا طلاق اليه وكذا الفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر فسخ بخلاف خيار المخيرة لما ذكره فيقع الطلاق باختيارها نفسها لانه تمليك ما يملكه وهو الطلاق ولو وقعت
هذه الفرقة قبل الدخول لا يجب نصف المسمى بخلاف الطلاق قبل الدخول وهل يقع الطلاق في العدة اذا كانت الفرقة بعد الدخول اي الصريح او لا لكل وجه
ولا وجه الوقوع **قوله** ولا ولاية لعبد لان الولاية بانفاذ القول على الغير اذا كانت متعدية والقاصرة منتفية في حقه فالمتعدية اولى فان قيل صحة اقرار العبد
يدل على ولاية القاصرة فالجواب انها في المعنى مطلقة في غير الحدود والقصاص واما هنا فمتنفيات عندنا والاجماع على نفي ولاية في النكاح لعجزه والا فكمن

ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند
ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس
وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا

ان يقال رواية الحديث ولاية حيث كان الزنا كالامانة اذا كان ماذونا له في القتال وشهادته بهلال رمضان وان اجيب عن هذه فالمشاحة ممكنة في الاجنبية والاسلم
جعل المراد بقوله لا ولاية لعبد اي في النكاح لانفي الولاية مطلقا لانه ليست له بعدم القاصرة على عدم المتعدية فلو اريد لا يكون مستقلا بعقد الا بعقد ولا المتعدية مطلقا اذ قد يثبت
بان له شيئا من المتعدية كولاية على زوجته الحرة في امور الزوجية كالمنع من الخروج والتمكين وطلب التزينة مع ما ذكرنا فانه يصدق في الكل انه عبد له ولاية على الغير بلزومه والمراد
بالمجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل اكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى وفي التجنيس وابو حنيفة رح لا يوقت في الجنون المطبق شيئا كما هو دابه
في التقديرات فيفوض الى راي القاضي وغير المطبق يثبت له الولاية في حالة افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا
او غير مطبق ويزوج حال افاقته عن جنون مطبق او غير مطبق لكن المعنى انه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فيزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية
ثابتة له فلا يزوج وتنتظر افاقته كالنائم ومقتضى النظر ان الكفو الخاطب اذا فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره
المتاخرون في غيبة الولي الاقرب على ما سنذكره **قوله** ولهذا اي لهذا الدليل لا تقبل شهادته عليه لانه لا سبيل له عليه ولا يتوارثان لان الوارث يخلف المورث
في ماليه ملكا ويدا وتصرفا والظاهر ان الورثة ليست ولاية على الميت بل ولاية قاصرة تحدث شرعا بعد انقضاء ولاية اخرى ففي المتعدية ليس نفي لوراثته
فليس نفيها بهذا الدليل وكما لا تثبت الولاية لكافر على مسلم كذا لا تثبت لمسلم على كافر اعني ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال قيل وينبغي ان
يقال لا ان يكون المسلم سيد امة كافرة او سلطانا قائدا صاحب الراية ونسبه الى الشافعي ومالك رح قال ولم ينقل الاستثناء عن اصحابنا والذي ينبغي
ان يكون مرادا ورايت في موضع معزوا الى المبسوط الولاية بالنسب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد
ذكر معنى ذلك لا استثناء فاما الفسق فهل يسلب الاهلية كالكفر المشهور ان عندنا لا وهو المذكور في المنظومة وعن الشافعي رح اختلاف فيه ما المستور فله
الولاية بلا خلاف فاما في الجوامع ان الاب اذا كان فاسقا فللقاضي ان يزوج الصغيرة من غير كفو غير معروف لعدم ذلك تهمة لا ينفذ تزويجه اياها بنقص و
من غير كفو وسياتي هذه **قوله** ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات اي النسبية والسببية والحاصل ان
الولاية اولا تثبت لعصبة النسب على الترتيب الذي قدمناه ثم لمولى العتاقة ثم لعصبته على ذلك الترتيب بالاتفاق ثم بعد ذلك عند ابي حنيفة رح تثبت للام ثم للبنت اذا
كانت مما تجنن ثم بنت الابن ثم بنت بنت البنت ثم بنت ابن الابن ثم بنت بنت بنت البنت ثم الاخت لاب وام ثم الاخت لاب ثم لولد الام يستوي ذكورهم واناثهم في ذلك ثم اولادهم
قال المصنف في التجنيس معللا بعلامة فتاوى الشيخ نجم الدين عمر النسفي غاب الاب غيبة منقطعة وابنته صغيرة وفي جهتها اختها والام حاضرة يجوز ان لم يكن لها عصبة اولى من الاخت
من الاب والنساء الاواتي من قبل الاب لهن ولاية التزويج عند عدم العصبات باجماع بين اصحابنا وهي الاخت والعمة وبنت الاخ وبنت العم وبنت الخال ثم قال المصنف هكذا ذكر
وذكر في غيره من المواضع ان الام اولى من الاخت الشقيقة لانها اقرب انتهى قيل هذا يستقيم في الاخت لا العمة وبنت العم وبنت الاخ لان هن من ذوي الارحام ولا تهن
مختلف فيها ومثل ما نجم الائمة النسفي منقول في المصفى عن شيخ الاسلام خواهر زاده ومقتضاه تقدم الاخت على الجد الفاسد وبعد ولاد الاخوات العمات ثم الاخوال ثم الخالات
ثم بنات الاعمام ثم بنات العمات والجد الفاسد اولى من الاخت عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف لا ولاية لها كما في الميراث كما في المستصفى وقياس ما صحح في الجد والاخ
من تقدم الجد الفاسد على الاخت ثم مولى الموالات وهو الذي اسلم على يد اب الصغيرة وولاء لا يرث فتثبت له ولاية التزويج ثم السلطان ثم القاضي فاشترطوا في تزويجه
تزويج الصغائر والصغار ثم من نصبه القاضي وان لم يشترط فلا ولاية له في ذلك وهذا استحسان وقال محمد رح لا ولاية لذوي الارحام ولا لمولى الموالاة وهو قياس
ورواية الحسن عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف مضطرب فيه والاشهر انه مع محمد رح على ما في الهداية وقال في الكافي الجمهور ان ابا يوسف مع ابي حنيفة

ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها والى العصبات الصيانة
ولابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو المختص بالقرابة الباعثة
على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز
لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له فاذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج

وفي شرح الكنز وابو يوسف مع ابي حنيفة في اكثر الروايات لها ما روينا يعني من قوله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها والبكر
شيء فيثبت لغيرهم فلا نكاح لغيرهم قوله ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها اي الى القرابة على تاويل الاقارب او على المعنى
المصدري والى العصبات الصيانة عن ذلك لا الى غيرهن من ذوي الارحام لانهم ينسبون الى عشيرة اخرى فلا يلحقهم العار بذلك ولابي حنيفة ان الولاية نظرية
والنظر يتحقق بالتفويض الى من هو مختص بالقرابة اذ مطلقها باعث على الشفقة ظاهرا الموجبة لاختيار الكفو وذو الارحام بهذه المثابة فلنا نرى شفقة الانسان
على ابنة اخيه كشفقته على ابن اخيه بل قد يترجح على الثانية ولا شك ان شفقة ذوي الارحام ليس كشفقة السلطان ومن ولاه وكانوا اولى منهم واما قولها انما
تثبت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفو اليها فالحصر ممنوع بل ثبوتها بالذات تحصيلا لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفو لانها بالذات بحاجتها الا انها حاجتهم
وكل من ذوي الارحام فيه داعية تحصيل حاجتها فثبت له الولاية بهذا الاعتبار وان ثبتت لغيره من العصبات بكل من حاجتها بالذات الى ذلك
وحاجته وستزداد وضوحا في مسئلة الغيبة ويدل عليه اجازة ابن مسعود رض تزويج امراة بنتها وكانت من غيره على الاصح واما اثبات جنس ولاية
الانكاح الى العصبات في الحديث فانما هو حال وجودهم ولا تعرض له حال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا اثباتها فاثبتناها بالمعنى وقضية ابن مسعود
وايضا لا شك انه خص منه السلطان لانه ليس من العصبات بقوله السلطان ولي من لا ولي له او بالاجماع فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهذا الوجه
على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وجيه وقوله في قول محمد قياس وفي قول ابي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد رح وبالمعنى
الصرف لابي حنيفة يناقش فيه بالاستحسان هو الذي يكون بالاثر لا القياس فان شرطه ان لا يكون فيه نص ويجاب بانه على بابه والمراد انما ذكره محمد من الحكم
في نفس الامر قياسا يقابله الاستحسان الذي قال ابو حنيفة فان محمدا ظن خلافه من الاستحسان فاستدل بالحديث وقد ظهر ان لا متمسك له به وكان الاولى
ان يجيب به المص وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الام لانه عصبة في ولد الزنا وولد
الملاعنة فيثبت لاهلها الا ان اقارب الاب مقدمون قوله واذا عدم الاولياء اي كل من العصبات وذوي الارحام وموالي الموالاة فالولاية الى
الامام والحاكم اي القاضي بشرط ان يكتب ذلك في منشوره فلو زوج الصغيرة مع عدم كتب ذلك في عهده ثم اذن له فيه فاجازه قيل لا يجوز وقيل يجوز على
الاصح استحسانا فروع الاول ليس لولي الصغيرة ولاية تزويجها وان اوصى اليه الاب بالنكاح الا اذا كان الموصى عين رجلا في حيوته للتزويج فيزوجها
الوصي به كما لو وكل في حياته بتزويجها وان لم يعين انتظر بلوغها تاذن كذا قيل وليس بلازم لان السلطان يزوجها اذا كان الوصي قريبا فيزوج
بحكم القرابة لا الوصاية والا فالحاكم وبه قال الشافعي واحمد في رواية وفي اخرى له التزويج لقيامه مقام الاب قلنا انما قام مقامه في المال وقال
مالك ان اوصى اليه في التزويج جاز وهو رواية هشام عن ابي حنيفة الثاني لو زوج القاضي الصغيرة التي هو وليها وهي اليتيمة من ابنه لا يجوز
كالوكيل مطلقا اذا زوج موكلته من ابنه بخلاف سائر الاولياء لان تصرف القاضي حكم منه وحكمه لابنه لا يجوز بخلاف تصرف الولي ذكره في التجنيس
معللا له بعلامة غريب الرواية للسيد الامام ابي شجاع والالحاق بالوكيل يكفي للحكم مستغنى عن جعل فعله حكما مع انتفاء شرطه وكذا اذا باع مال يتيمة
من نفسه لا يجوز لكل من الوجهين والاوجه ما ذكرنا بخلاف ما لو نصب وصيا على اليتيم ثم اشترى منه يجوز لانه نائب عن الميت لا القاضي الثالث
اقرار الولي على الصغيرة والصغيرة بالتزويج لم يصدق عند ابي حنيفة الا ببينة او يدرك الصغير فيصدقه معناه اذا ادعى التزويج ذلك عند القاضي وصدقه
الاب وعندهما يثبت النكاح باقراره قال في المصفى عن استاذه يعني الشيخ حميد الدين ان الخلاف فيما اذا اقر الولي في صغرهما فان اقراره موقوف

وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة فلا تبطل بغيبته
ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولاية الاقرب ولنا ان هذه ولاية نظر فيه وليس
من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات
الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة
وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ

الى بلوغها فاذا بلغا وصحا ينعقد اقراره والا يبطل وعندهما ينفذ في الحال وقال انه اشار اليه في المبسوط قال هو الصحيح وقيل الخلاف فيما اذا بلغ الصغير والصغيرة فاقرا النكاح فاقر الولي اما لو اقر بالنكاح في صغره صح اقراره كذا في المغني وفي مبسوط شيخ الاسلام اذا اقر الاب على الصغير والصغيرة على قوله لا يصدق الا ببينة وان صدقه الزوج في ذلك او المراة وعلى قولهما يصدق من غير بينة فان قيل على من تقام البينة ولا تقبل الا على منكر يعتبر انكاره والمنكر هنا الصبي ولا يعتبر انكاره والاب والزوج او المراة مقران قلنا ينصب القاضي خصما عن الصغير او الصغيرة حتى ينكر فيقيم الزوج البينة فيثبت النكاح على الصغير والصغيرة انتهى كلامه من المصفى والذي يظهر ان قول من قال ان الخلاف فيما اذا بلغا فانكرا النكاح اما اذا اقر عليهما في صغرهما يصح عليهما بالاتفاق او جرى اقرار وكيل رجل او امراة بتزوجهما واقرار مولى العبد بتزويجه على هذا الخلاف فاما اقرار بنكاح امته فنافذ اتفاقا والرابع في النوازل امراة جاءت الى قاض فقالت اريد ان تزوج ولا ولي لي فللقاضي ان ياذن لها في النكاح كما لو علم ان لها وليا وبمثله اجاز ابو الحسن السغدي وما نقل فيه من اقامتها البينة فخلاف المشهور وما نقل من قول حماد بن ابي حنيفة يقول لها القاضي ان لم تكوني قرشية ولا عربية ولا ذات بعل فقد اذنت لك فالظاهر ان الشرطين الاولين محمولان على رواية عدم الجواز من غير الكفو واما الشرط الثالث فمعلوم الاشتراط **قوله** وقال زفر اذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة لا يزوجها احد حتى يبلغ بناء على انه على ولايته لان الولاية تثبت حقا على ما تقدم في ليل تحمل وقد سبق جوابه وقال الشافعي يزوجها السلطان لا الابعد وعندنا يزوجها الابعد لان هذه ولاية نظر فيه تثبت نظرا لليتيمة لحاجتها اليها ولا نظر في التفويض الى من لا ينتفع برايه وهذا لان التفويض الى الاقرب ليس لكونه اقرب بل لان في الاقربية زيادة فطنة للحاجة وهي المشفقة الباعثة على زيادة الاتفاق الرأي للمولية فحيث لا ينتفع برايه اصلا سلبت الى الابعد اذ لو بقيناه ولاية الاقرب ابطلنا حقها وفاتت مصلحتها اما الولي فحقه في الصيانة عن غير الكفو يكون مقتضيا لاثبات ولاية الفسخ اذا وقع بفعلها من غير كفو فلا يتوقف على اثبات ولاية التزويج له فحيث تثبت فانما هي لحاجتها حقا لها ولو سلم ففوات حقه بسبب من جهتها وهي غيبته على ان المقصود له لا يفوت اذ يخلفه فيه الولي الابعد لانه تلوه في نفي غير الكفو والاحتراس عن التسلط بنسبة فظافرا على مقصود واحد فوجب المصير الى ما قلنا وظهر وجه تقديمه على السلطان ولانه لو سلبت ولايته بموته كان الابعد اولى من السلطان فكذا اذا سلبت بعارض آخر والحاصل ان علة تقديمه على السلطان لا تختلف بالموت وغيره وقال صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وما يقال من انه ينتفع برايه بالرسول والكتاب وكتاب الخاطب اليه حيث هو فخلاف المعتاد ثم في الغائب والخاطب فلا يضيع الفقه باعتباره وقد لا يعرف مكانه ونظيره الحضانة والتربية تقدم فيه الاقرب فاذا تزوجت القريبة ثبت منلته تشغلها بالزوج صارت للبعدى وكذا النفقة في مال الاقرب فاذا انقطع ذلك لبعده ماله وجبت في مال الابعد **قوله** ولو زوجها حيث هو فيه منع

جواب عن استدلال زفر على قيام ولاية حال غيبته بانه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على انه لم يسلب الولاية شرعا بالغيبة اجاب بمنع صحة تزويجه قال في المحيط الا رواية فيه وينبغي ان لا يجوز لانقطاع ولايته وفي المبسوط لا يجوز ولو سلم فلانها انتقلت برايه وهذا تنزل وجهان للابعد قرب التدبير وللاقرب قرب القرابة فنزلا منزلة وليين في درجة فايهما عقد جاز لانه اسبق بالمعنى المعلق به ثبوت الولاية وسلبها ومنها ان سلب الولاية انما كان لسلب الانتفاع برايه فلما زوجها من حيث هو ظهر انه لم يكن ما علق به سلب الولاية ثابتا بل القائم مناط ثبوتها وفي شرح الكنز لا رواية فلنا ان تمنع لانه لو جاز عقده حيث هو لادى الى مفسدة لان الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه لا يحل بها الزوج وهي في عصمة غيره وما قالوه في صلوة الجنازة يدل عليه وهو ان الغائب لو كتب ليقدم رجلا الى صلوة الجنازة فلا بعد منعه ولو كانت له ولاية باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره وقد استفيد مما ذكرنا ان الوليين اذا استويا كاخوين شفيقين ايهما زوج نفذ ومن العلماء من قال لا يجوز ما لم يجتمعا على العقد والعمل على ما ذكرنا

ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه نهاية لا قصاه وهو اختيار بعض المتاخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفو باستطلاع رايه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا ينظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في انكاحها ابنها في قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ابوها لانه او فر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كالام مع بعض العصبات والله اعلم

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين الشركاء قيل عادة لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها لجانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش

فان زوجها كل منهما فالصحة للسابق فان لم يعلم السابق او وقعا معا بطلا لعدم الاولوية بالتصحيح ولو زوجها ابوها وهي بكر بالغة بامرها وزوجت هي نفسها من آخر فايهما قالت هو الاول فالقول قولها وهو الزوج لانها اقرت بملك النكاح له على نفسها واقرارها حجة تامة عليها وان قالت لا ادري الاول ولا يعلم من غيرها فرق بينها وبينهما وكذا لو زوجها وليان بامرها **قوله** ولا يرد الخ يفيد انه لو حضر الاقرب بعد عقد الابعد لا يرد عقده وان عادت ولايته بعوده **قوله** والغيبة المنقطعة بان يكون في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري رح وعن ابي يوسف رح من جابلقا الى جابلسا وهما قريتان احدهما بالمشرق والاخرى بالمغرب وهذا رجوع الى قول زفر رح وانما ضرب هذا مثلا وعنه في اخرى من بغداد الى الري وهكذا عن محمد في رواية من الكوفة الى الري ومن المشايخ من قال حد الغيبة المنقطعة ان يكون بحيث لا يرجع الا من موضع الى موضع فلا يوقف على اثره او يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل اذا كان في موضع يقع الكرى اليه دفعة واحدة فليست غيبته منقطعة او بدفعات فمنقطعة وقيل ادنى مدة السفر لانه نهاية لا قصاه وهو اختيار بعض المتاخرين منهم القاضي الامام ابو علي النسفي وسعد بن معاذ وابو عصمة المروزي وابن مقاتل الرازي وابو علي السغدي وابو الليث والصدر الشهيد قالوا وعليه الفتوى وقال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رايه يفوت الكفو وعن هذا قال قاضي خان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المدينة بحيث لا يوقف عليه يكون غيبة منقطعة وهذا احسن لانه انظر وفي النهاية عليه اكثر المشايخ منهم الامام ابو بكر محمد بن الفضل وفي شرح الكنز اكثر المتاخرين على ادنى مدة السفر لا تعارض بين اكثر المتاخرين واكثر المشايخ والاثبة بالفقه قول اكثر المشايخ **قوله** واذا اجتمع في المجنونة جنونا اصليا بان بلغت مجنونة او عارضيا بان طرء الجنون بعد البلوغ ابوها او جدها مع ابنها فالولي في تزويجها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد ابوها وقال زفر في العارض لا يزوجها احد لان الولاية زالت عند بلوغها عاقلة فلا ترجع وليس بشيء ثم لا ترجع عند وجود مناط الحجر بل هي احوج الى الولاية بالجنون منها اليها بالصغر لان الحاجة اليها في الصغر لتحصيل الكفو وفي الجنون بذلك ودفع الشهوة والمبارستة وكذا المجنون يجتمع فيه ابوه وابنه او جده على هذا الخلاف وعن ابي يوسف رح رواية اخرى ايهما من الاب والابن زوج جاز وهي رواية المعلى جعلهما في مرتبة ولا يبعد اذ في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة **قوله** وفي حق تزويجها يده الولاية مبنية على العصوبة بالنص السابق والابن هو المقدم في العصوبة شرعا لانفراده بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه ثم اذا زوج المجنونة او المجنون الكبيرين ابنهما لا خيار لهما لانه يقدم على الاب والجد ولا خيار لهما في تزويجهما فالابن اولى

فصل في الكفاءة

الكفو المتعادل ويقال الكفاءة بالكسر ولما كانت الكفاءة شرطا للزوم على الولي اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء من تثبت له ثم اعقبه فصل الكفاءة **قوله** معتبرة قالوا معناه معتبرة في اللزوم على الاولياء حتى ان عند عدمها جاز للولي الفسخ ثم استدل بقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء فهذا مظنة ان يكون حجة ثم وجه دلالته على الدعوى على الوجه من معناها اما الاول فهو حديث ضعيف لانه في سنده بشر بن عبيد عن الحجاج بن ارطاة والحجاج مختلف فيه وبشر ضعيف متروك نسبه احمد الى الوضع وسيأتي تخريجه لكنه حجة بالتظافر والشواهد من ذلك ما روي عن محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر رض قال لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفاء ومن ذلك ما رواه الحاكم وصححه من حديث علي رض انه عليه الصلاة والسلام قال له يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلاة والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت كفوا وقول الترمذي فيه لا ارى اسناده متصلا انتفى بما ذكرناه من تصحيح الحاكم وقال في سنده سعيد بن عبد الله الجهني مكان قول الحاكم سعيد بن عبد الرحمن الجمحي فلينظر فيه واما عن عائشة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم تخيروا لنطفكم وانكحوا الاكفاء روي من حديث

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعا للضرر العار عن أنفسهم

عائشة وأنس وعمر من طرق عديدة فوجب ارتفاعه إلى الحجية بالحسن لمعمول الظن لصحة المعنى وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم وفي هذا كفاية أعني عما استدل به بعضهم من طريق الدلالة فقال إذا كان الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة ففي النكاح وهو للدوام أولى وذكر ما وقع في غزوة بدر أنه لما برز عتبة بن ربيعة وشيبة بن ربيعة والوليد بن عتبة وخرج إليهم عوف ومعوذ ابنا عفراء وعبد الله بن رواحة قالوا لهم من أنتم قالوا رهط من الأنصار فقالوا أبناء قوم كرام لكننا نريد أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم صدقوا قم يا حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث الخ فأما قوله صلى الله عليه وسلم صدقوا فلم أره والذي في سيرة ابن هشام عن أبي إسحق أنهم قالوا لهم أكفاء كرام ولكننا نريد بني عمنا وفي رواية ما لنا لكم من حاجة ثم نادى مناديهم يا محمد أخرج إلينا أكفاءنا من قريش فقال صلى الله عليه وسلم قم يا حمزة وقم يا علي الخ ونحن نقطع أن عبد الله بن رواحة للمسلمين يريد إطفاء نور الله وهو من أكابر أنسابهم فخرج إليهم عبد من المسلمين فقتله كان مشكورا عند الله وعند المؤمنين ولم يزده ذلك النسب إلا بعدا فهم الكفاءة المطلوبة هنا كفاءة الشدة فجبن أن يخرج إليه كفؤه فهنا لأن المقصود نصرة الدين ولو كان عبدا وكلامه إنما يفيده في النسب وإنما أجابهم صلى الله عليه وسلم لذلك إما لعلمه بأنهم أشد من الذين خرجوا إليهم أولا أو لئلا يظن بأن المطلوبين عجزا أو جبن ودفعا لما قد يظن أهل النفاق من أنه نصر بقرابته دون الأنصار النظر الثاني لا يخفى أن الظاهر من قوله لا يزوجن إلا من الأكفاء أن الخطاب للأولياء نهيا لهم أن يزوجوهن إلا من الأكفاء ولا دلالة فيه على أنها إذا زوجت نفسها من غير الكفو يثبت لهم حق الفسخ فإن قلت يمكن كون فاعل يزوجن المحذوف أعم من الأولياء أي لا يزوجهن مزوج هي لنفسها أو الأولياء قلت الجواب أن حاصله أنها منهية عن تزويجها نفسها بغير الكفو فإذا باشرته لزمتها المعصية ولا يستلزم أن للولي فسخه إلا بمعنى الصرف وهو أنها أوجدت عليه ضررا فله دفعه وهذا ليس مدلول النص ولو جعل نهيا اقتضى للنص بإدخالها الضرر عليه لم يكن نسخه مدلول النص وإنما قلنا اقتضى لأن النهي على هذا التقدير متعلق بها وبالأولياء فبالنسبة إليهم إنما يفعلن بتركه النظر لها وبالنسبة إليها بإدخال الضرر على الولي وعلى كل تقدير فليس مدلول اللفظ فلا يشكل على سامع أن في قول القائل إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللولي فسخه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يزوجهن إلا من الأكفاء نبوة للدليل عن المدعى فالحق أنه دليل على مجرد الاعتبار في الشرع من غير تعرض لا عزائم على ذلك كما هو في الكتاب فإن قلت كون الشيء معتبرا في الشرع لا بد من كونه على وجه خاص أعني معتبرا على أنه واجب أو مندوب قلنا نعم لكنه لم يقصد بخصوصيته فإن قلت فما هو قلنا مقتضى الأدلة التي ذكرناها الوجوب أعني وجوب نكاح الأكفاء وتعليلها بانتظام المصالح يؤيده لا ينفيه ثم لا يستلزم كونه أول كفو خاطب لا ما روى الترمذي من حديث أبي هريرة رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ولولا أن شرط المشروع القطعي لا يثبت بظني لقلنا باشتراط الكفاءة للصحة ثم هذه الوجوه تتعلق بالأولياء لأنها مهاتهم على ما بينا وذكرنا ولكن إنما تحقق المعصية في حقهم إذا كانت صغيرة لأنها إذا كانت كبيرة لا ينفذ عليها تزويجهم إلا برضاها فهي تاركة لحقها كما إذا رضي الولي بتركه حقه حيث ينفذ هذا كله مقتضى الأدلة التي ذكرناها مع قطع النظر عن غيرها وعلى اعتبار الإشكال قول أبي حنيفة رح أن لا يزوج بنته الصغيرة من غير كفو فإن قلت خطب صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وهي قرشية على أسامة بن زيد وليس قرشيا وزوجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال وهو حبشي وزوج أبو حذيفة بنت أخيه من سالم وكان في ذلك بعلم الصحابة أو بعضه وبفعل النبي صلى الله عليه وسلم فالجواب أن وقوع هذه ليس يستلزم كون ذلك النساء ضعاء بل العلم محيط بأنهن كبار خصوصا بنت قيس كانت شابة كبيرة حتى تزوجها أسامة فإنما جاز لاستقاطهن حق الكفاءة لهن أو لياء من هذا وفي اعتبار الكفاءة خلاف مالك والثوري والكرخي من مشايخنا لما روي عنه صلى الله عليه وسلم الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي ولا عجمي إنما الفضل بالتقوى قلنا ما رويناه يوجب حمل ما رووه على حال الآخرة جمعا بين الأدلة **قوله** وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفو فللأولياء وإن لم يكونوا محارم كابن العم أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم بالمجيء من الولي ودلالة الإضرار كقضية المهر أو النفقة

ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر

دون المتأخرة في احدهما وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه لما لو زوجها على السكت فظهر عدمها بخلاف ما اذا اشترط العاقد الكفاءة او اخبره الزوج بها حيث كان له التفريق اذا لم يشترط ولم يخبر فذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوجت نفسها ممن لا يعلم حاله فاذا هو عبد ماذون ليس لها الفسخ بل للاولياء او زوجها الاولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه فاذا هو عبد ماذون له في النكاح ليس لهم الفسخ ولو اخبر بحريته او شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ ولا يكون سكوت الولي على ان سكت الى ان ولدت فليس له التفريق وعن شيخ الاسلام ان له التفريق بعد الولادة وهذه الفرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق ولا يجب عندها شيء من المهر ان وقعت قبل الدخول وبعده لها المسمى وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العدة ولها نفقة العدة فانها كانت واجبة ولا تثبت هذه الفرقة الا بالقضاء لانه مجتهد فيه وكل من الخصمين قد تمسك بدليل فلا ينقطع النزاع الا بفصل القاضي والنكاح قبله صحيح يتوارثان به اذا مات احدهما قبل القضاء هذا على ظاهر الرواية اما على الرواية المختارة للفتوى لا ينعقد اصلا اذا كانت زوجت نفسها منه وهل للمرأة اذا زوجت نفسها من غير كفو ان تمنع نفسها من ان يطأها مختار الفقيه ابي الليث نعم قال في التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان من حجة المرأة ان تقول انما تزوجتك على رجاء ان يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطأها بشبهة ورضا بعض الاولياء المستوين في درجة كرضا كلهم خلافا لابي يوسف زفر فلانه حق الكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك قلنا هو حق لهم لكن لا تجري فيثبت للكل على الكمال كولاية الامان فاذا ابطله احدهم لا يبقى كحق القصاص ما لو رضي الابعد كان للاقرب الاعتراض ولو زوجها الولي باذنها من غير كفو فطلقها ثم زوجت نفسها منه ثانيا كان لذلك الولي التفريق ولا يكون الرضى بالاول رضا بالثاني لان الانسان لا يعد رجوعه عن حلة دينه وكذا لو زوجها هو من غير كفو فطلقها فتزوجت آخر غير كفو ولو تزوجته ثانيا في العدة ففرق بينهما لزمه مهران واستأنفت العدة وان كان قبل الدخول في الثاني وستأتي هذه المسئلة في باب العدة ان شاء الله تعالى **قوله** ولان انتظام الخ يعني ان المقصود من شرعية النكاح انتظام مصالح كل من الزوجين بالآخر في هذا الامر لانه وضع لتأسيس القرابات المصهرية ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا ليسره ما يسره ويسوءه ما يسوءه وذلك لا يكون الا بالموافقة والتقارب ولا تقارب للنفوس عند مباعدة الانساب والاتصاف بالرق والحرية ونحو ذلك ولذلك رأينا الشرع فسخ عقد النكاح اذا ورد ملك اليمين لها عليه وان كان معللا ايضا بعلة اخرى عامة للطرفين على ما ترى فصل المحرمات فعقده مع غير المكافئ قريب الشبهة من عقد لا يترتب عليه مقاصده ولو كان اياه فسد فاذا كان طريقه اكره ولم يلزم المولية اذا انفرد به الولي لظهور الاضرار بها **قوله** ثم الكفاءة تعتبر في النسب جميع ما ذكر في المبسوط وفتاوى الولوالجي مذكور في الكتاب وسيورده الا الكفاءة في العقل ذكره الولوالجي ولم يذكره هنا قال بعضهم لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة واختلف فيه فقيل يعتبر لانه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل لا لانه مرض ولا تعتبر الكفاءة عندنا في السلامة من العيوب التي يفسخ بها البيع كالجذام والجنون والبرص والجب والذفر الا عند محمد في الثلاثة الاول اعني الجنون والجذام والبرص اذا كان بحال لا يطيق المقام معه فالحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد رحمه الله الا ان الذي له التفريق والفسخ الزوجة لا الولي وكذا في الحرية عنده **فرع** انتسب الى غير نسبه لامرأة فتزوجته ثم ظهر خلاف ذلك فان لم يكافئها به كقرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلها الخيار ولو رضيت كان للاولياء التفريق وان كافأها به كعربية ليست قرشية انتسب لها الى قريش فظهر انه عربي غير قرشي فلا حق للاولياء ولها الخيار عندنا ان ثبت فارقته خلافا لزفر وكذا انه شرط لنفسها في النكاح زيادة منفعة وهو ان يكون ابنها صالحا للخلافة فاذا لم ينل كان لها الخيار لتشرف العبد على انه كاتب فظهر خلافه وايضا الاستفراش ذل في جانبها فقد ترضى به ممن هو افضل منها لا من مثلها فاذا ظهر خلافه فقد غرها وتبين عدم رضاها بالعقد فيثبت لها الخيار ولو كان هذا الانتساب من جانبها والغرور لم يكن خيار لانه لا يفوت عليه شيء من مقاصد النكاح بما ظهر من غرورها

قريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض ولا أصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتد التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رواية أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كأنه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة

ولتماسه منها من طريق يمكنه وهي الطلاق فلا حاجة إلى إثبات الخيار ويحتاج بعد هذا إلى فصل تقرير وفرق بين هذا وبين إثبات خيار البلوغ للغلام وهو سهل إن شاء الله تعالى **قوله** قريش بعضهم أكفاء لبعض روى الحاكم بسند فيه مجهول فإن شجاع بن الوليد قال ثنا بعض إخواننا عن ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائكا أو حجاما ورواه أبو يعلى بسند فيه عمران بن أبي الفضل الإيلي ضعف بأنه موضوع وإن عمران لم يروي الموضوعات عن الإثبات وروى الدارقطني عن ابن عمر مرفوعا الناس أكفاء قبيلة بقبيلة وعربي بعربي ومولى لمولى إلا حائكا أو حجاما وضعف ببقية بن الوليد وهو مخبل إن عنعن الحديث ليس غيره وبأن محمد بن الفضل مطعون فيه ورواه ابن عدي في الكامل من حديث علي وعمر من لفظ الأول وفيه علي بن عروة قال منكر الحديث وعثمان بن عبد الرحمن قال صاحب التنقيح هو الطرائفي من أهل حران يروي المجاهيل وقد روي هذا الحديث من وجه آخر عن عائشة رضي الله عنها وهو ضعيف انتهى كلامه وروى البزار عن خالد بن معدان عن معاذ بن جبل يرفعه العرب بعضهم أكفاء لبعض انتهى وابن معدان لم يسمع من معاذ وفيه سليمان بن أبي الجون قال ابن القطان لم أجد له ذكرا وبالجملة فللحديث أصل فإذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر إلى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون فيتأنس بالحديث الضعيف في ذلك خصوصا وبعض طرق الحديث ليس من الضعف بذاك فقد كان شعبة معظما البقية وناهيك باحتياط شعبة وأيضا فقد وطرق الحديث الضعيف يرفعه إلى الحسن ثم القرشيان من جهتهما أب هو النضر بن كنانة فمن دونه ومن لم ينتسب إلا إلى أب فوقه فهو عربي غير قرشي وإنما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها بدابة في البحر تدعى قرشا تأكل دوابه لأنهم من أعظم دواب البحر عزة وفخرا ونسبا وعلى هذا قال الهبي وقريش هي التي تسكن البحر بها سميت قريش قريشا وقيل لأن النضر كان يسمى قريشا وهو اختيار الشعبي سمي به لأنه كان يقرش عن خلة الناس ليسد حاجتهم بماله والتقريش التفتيش قال الحارث بن حلزة يصف الناطق القرش عنا عند عمرو فهل لها إبقاء وقيل لأنه خرج يوما على نادي قومه فقال لبعضهم انظر إلى النضر كأنه حمل قريش وقيل سميت بقريش بن الحارث بن الخلد كان صاحب غيرتهم فكانوا يقولون قدمت غير قريش وخرجت غير قريش ولهذا ابن يسمى بدرا وهو الذي حضر بدرا سمي به وقيل لتجارتهم والقرش الكسب وقيل سميت به لأن فهرا بن مالك قيل إن اسمه قريش وإنما فهر لقبه قاله ابن عباس لمعوية حين سأله عن ذلك وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قريشا إلا من كان من بني فهر وقيل هو من الجمع والتقريش التجميع لأن قصيا جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم وقيل لما نزل قصي الحرم فعل فعلا جميلا فقيل له أقرش فهو أول من سمي به وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جهتهما أب هو قصي والظاهر الأول ويكون من التجمع لا التجميع الذي هو فعل قصي والتجمع كان من أبناء النضر وإن كان القبائل قال أبو كم قصيا كان يدعى مجمعا به جمع الله القبائل من فهر لأنه ابن أبيه لأنه ابن مالك بن النضر غير أن القافية انفقت كذلك والأبعد نقل أن قصيا سمي مجمعا لجمعه أولاد النضر عرف أن القرشيين جمعهما النضر هذا وقريش عمارة تحتها بطون لوي بن غالب وقصي وعدي ومنهم الفاروق رضي الله عنه ومرة ومن مرة تيم ومنهم الصديق رضي الله عنه ومخزوم ومنهم خالد بن الوليد المخزومي رضي الله عنه وجمحان وهاشم فخذان والعباس فصيلة وأعم الطبقات الشعب مثل حمير وربيعة ومضر ثم القبيلة مثل كنانة ولذا قال صلى الله عليه وسلم في قريش بطن ببطن وفي العرب قبيلة بقبيلة ونظم بعض الأدباء ترتيب الطبقات وقال قبيلة فوقها شعب وبعدها عمارة ثم بطن تلوه فخذ ٭ وليس لوي أنها الأفصيلة ٭ ولا لأدنى نسبهم مالقدو ٭ وذكر بعضهم العشيرة بعد الفصيلة فقال ٭ أقصد الشعب فهو أكثر حي ٭ عددا في الحواتم القبيلة ٭ ثم يتلوها العمارة ثم البطن ٭ والفخذ بعدها والفصيلة ٭ ثم من بعدها العشيرة لكن ٭ هي في جنب ما ذكرنا قليلة **قوله** والموالي هم العتقاء والمراد هنا غير العرب وإن لم يسهم رق لأنهم لما ضموا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين وما نذكره ففي الحديث دليل على أنه لا يعتبر

وتبنى باهلة ليسوا بالكفاءة لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالى فمن كان له ابوان فى الاسلام فصاعدا
فهو من الاكفاء يعنى لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد فى الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان فى الاسلام لان تمام
النسب بالاب والجد وابو يوسف الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفوا لمن له اب واحد
فى الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالى بالاسلام والكفاءة فى الحرية نظيرها فى الاسلام فى جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وهذا معنى الذل
فيعتبر فى حكم الكفاءة قال وتعتبر ايضا فى الدين اى الديانة وهذا قول ابى حنيفة وابى يوسف رح هو الصحيح لانه من اعلى الفخر والمرأة
تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا يعتبر لانه من امور الآخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع
ويعزر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به قال وتعتبر فى المال

التفاضل فى انساب قريش فهو حجة على الشافعى فى ان الهاشمى والمطلبى اكفاء دون غيرهم بالنسبة اليهم قالوا زوج النبى صلى الله عليه وسلم بنته من عثمن وهو
اموى وزوج على ام كلثوم من عمر رضى الله عنهم وهو عدوى وفيه نظر اذ قد يقول يجوز كونه لاسقاط حقه فى الكفاءة نظرا الى مصلحة اخرى لكنه يرى انها شرط فى النسب
فيلزمه ما ذكرنا وعلى اكثر اصحابه فى اعتبار الكفاءة فى النسب فى العجم وعلى محمد رح فى اعتبار الزيادة بالخلافة حتى لا يكافئ اهل بيت الخلافة غيرهم من القرشيين
وان قصد بذلك عدم المكافاة لان قصده تسكين الفتنة وفى الجامع القاضى خان قالوا الحسيب يكون كفوا للنسيب قالا العالم العجمى كفوا للجاهل العربى والعلوية
لان شرف العلم فوق شرف النسب والحسب بمكارم الاخلاق وفى المحيط عن صدر الاسلام الحسيب هو الذى له جاه وحشمة ومنصب وفى الينابيع الاصح انه
ليس كفوا للعلوية واصل ما ذكره المشايخ رح من ذلك ما روى عن ابى يوسف رح ان الذى اسلم بنفسه او اعتق اذا احرز من الفضائل ما يقابل نسب الآخر كان
كفوا له ولا يعتبر بالبلاد وفى تتمة الفتاوى والقروى كفو للمدنى **قوله** وبنو باهلة الخ استثناء من قوله والعرب بعضهم اكفاء لبعض وباهلة فى الاصل اسم امرأة
من همدان كانت تحت معن بن اعصر بن سعد بن قيس بن عيلان فنسب ولده اليها وهم معروفون بالخساسة قيل كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية وكانوا
يأخذون عظام الميتة يطبخون بها ويأخذون وسوماتها فلذا قيل ولا ينفع الاصل من هاشم اذا كانت الام من باهلة * وقيل اذا قيل للكلب يا باهلى *
عوى الكلب من شوم ذاك النسب * ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع انه صلى الله عليه وسلم كان اعلم بقبائل العرب واخلاقهم وقد اطلق وليس
كل باهلى كذلك بل فيهم الاجواد وكون فضيلة منهم او بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسرى فى حق الكل **قوله** واما الموالى فمن كان له ابوان فى الاسلام
فصاعدا فهو من الاكفاء يعنى لمن له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد فى الاسلام لا يكون كفوا لمن له ابوان فيه لان تمام النسب بالاب والجد والحق
ابو يوسف رح الواحد بالمثنى كما هو مذهبه فى التعريف اى فى الشهادات والدعاوى قيل كان ابو يوسف رح انما قال ذلك فى موضع لا يعد كفوا لجد عيبا
بعد ان كان الاب مسلما وبما قالاه فى موضع يعد عيبا والدليل على ذلك انهم قالوا جميعا ان ذلك ليس عيبا فى حق العرب لانهم لا يعيرون بذلك وهذا
احسن به ينتفى الخلاف ولا تعتبر الكفاءة بين اهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفوا لم يفرق بل هم اكفاء بعضهم لبعض قال فى الاصل الا ان يكون
نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك او ساكس فانه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضى مأمور بتسكينها بينهم كما بين المسلمين
قوله والكفاءة فى الحرية نظيرها فى الاسلام يعنى من كان له ابوان حران كافا من له اباء احرار ومن له اب واحد حر لا يكافئ من له ابوان حران ومن عتق
بنفسه لا يكافئ من له اب حر وفى التجنيس لو كان ابوها معتقا وامها حرة الاصل لا يكافئها المعتق لان فيه اثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت امها
حرة الاصل كانت هى ايضا حرة الاصل وفى المجتبى معتقة الشريف لا يكافئها معتق الوضيع واعلم انه لا يعد كون من اسلم بنفسه كفوا لمن عتق بنفسه
قوله ويعتبر ايضا فى الدين اى الديانة فسر به ليعلم ان المراد به التقوى لا اتفاق الدين لان تفاصيله تعرف فى نكاح اهل الشرك ولا كونه
مكافيا باسلام نفسه او ابيه وجده لانه من قبلهما **قوله** هو الصحيح اى الصحيح اقتران قول ابى حنيفة وابى يوسف فانه روى عن ابى حنيفة رح انه مع محمد
رح ورجحه السرخسى وقال الصحيح من مذهب ابى حنيفة ان الكفاءة من حيث الصلاح غير معتبرة وقيل هو احتراز عن رواية اخرى عن ابى يوسف
انه لم يعتبر الكفاءة فى الدين وقال اذا كان الفاسق ذا مروة كاعوانة السلطان والمباشرين المكتسبة وكذا عنه ان كان يشرب المسكر سرا
ولا يخرج وهو سكران يكون كفوا والا لا وحينئذ الاولى كون هو الصحيح احترازا عما روى عن كل منهما انه لا يعتبر والمعنى هو الصحيح من قول كل منهما
فلو تزوجت امرأة من بنات الصالحين فاسقا كان للاولياء فسخه وان كان من اعوانى السلطان **قوله** وقال محمد رح لا يعتبر الا اذا كان يسخر

وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكها او لا يملك احدهما لا يكون كفوا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة تقوم الاطعمة ودوامه والمراد بالمهر ما تعارفوا تعجيله لان ما يؤجل عرفا وعن ابي يوسف رحمه الله اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه يجري المسامحة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد ورائح ولا تعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها

منه ويخرج سكران لانه من احكام الآخرة فلا تبنى عليه احكام الدنيا وفي كون هذه قاعدة ممهدة نظر اذ لم يظهر وجه الملازمة والحق انه قد وقد والمعتبر في كل موضع مقتضى الدليل فيه من البناء على احكام الآخرة وعدمه على انا لم نبن الاعلى امر دنيوي وهو ما ذكره من ان المراة تعير لفسق الزوج فوق ما تعير بصفة نسبه يعني تعيرا اشكالها من نبات الصالحين وفي المحيط الفتوى على قول محمد وهو موافق لاختيار السرخسي الرواية الموافقة لقول محمد عن ابي حنيفة ولو تزوجها وهو كفو في الديانة ثم صار داعرا لا ينفسخ النكاح لان اعتبار الكفاءة وقت النكاح **قوله** وهو اي اعتبار الكفاءة في المال هو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وتقييده بظاهر الرواية احترازا عما سنذكره في الكفاءة في الغنا بالنسبة الى قول ابي حنيفة ومحمد فان ذلك ليس هو ظاهر الرواية كما سنذكره وبين ان المراد بالمهر ملك ما تعارفوا تعجيله وان كان كله حالا في المجتبى قلت في عرف اهل خوارزم كله موجل فلا تعتبر القدرة عليه ولم يبين المراد بملك النفقة واختلف فيه قيل المعتبر ملك نفقة شهر وقيل ستة اشهر وفي جامع شمس الائمة ستة وفي المجتبى الصحيح انه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفوا ومعناه منقول عن ابي يوسف قال اذا كان قادرا على ايفائها يعجل لها بالبدل ويكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفوا لها في غريب الرواية للسيد ابي شجاع جعل الاصح ملك نفقة شهر وفي الذخيرة وان كان تجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه فهو كفو والا لا يكون كفوا وان كانت فقيرة انتهى وفيه نظر ثم هذا اذا كانت تطيق النكاح فان كانت صغيرة لا تطيقه فهو كفو وان لم يقدر على النفقة لانه لا نفقة لها **قوله** ويعد المرء قادرا بيسار ابيه وجده وجدته ولا تعتبر القدرة على النفقة بيسار الاب **قوله** فاما الكفاءة في الغنا يعني بعد ملكه للمهر والنفقة قيل يعتبر مكافاته ايا ها في غناها قال معتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد لكن صرح السرخسي في مبسوطه وصاحب الذخيرة بان الاصح ان ذلك لا تعتبر لان كثرة المال مذمومة وفي شرح الكنز لا يعتبر بالمساواة في الغنا هو الصحيح وعن ابي حنيفة ومحمد في غير رواية الاصول ان من ملكها لا يكون كفوا للفائقة في الغنا وليس بشيء فص على ان ما في الهداية غير رواية الاصول وكذا في الدراية قال وهذا القول منها في غير رواية الاصول وفي كتاب النكاح لا تشترط القدرة الا على المهر والنفقة وفي بعض الشروح انه خلاف ظاهر الرواية ولذا لم يذكره في المبسوط عن الاوائل قال وبعض المتاخرين اعتبروا الكفاءة في المال بعد ما صح عن ابي يوسف بنفيه **قوله** وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان اظهرهما لا تعتبر في الصنائع حتى يكون البيطار كفوا للعطار وهو رواية عن محمد وعنه في اخرى الموالي بعضهم اكفاء لبعض الا الحائك والحجام وكذا الدباغ وهو الرواية التي ذكرها في الكتاب عن ابي يوسف واظهر الروايتين عن محمد فصار عن كل منهم روايتان الظاهر عن ابي حنيفة عدم الاعتبار والظاهر عن محمد كذلك الا ان يفحش وهو الرواية عن ابي يوسف فيما قدمناه من حيث الغبة حيث قال فيه الا حائكا او حجاما يفيد اعتبارها في الصنائع لكن على الوجه الذي ذكره في شرح الطحاوي وهو ان الصناعات المتقاربة اكفاء كالبزاز والعطار بخلاف المتباعدة وعد الخياط مع الدباغ والحجام والكناس قال وهو لا بعضهم اكفاء لبعض ولا يكافئون سائر الحرف ولم يذكر خلافا فكان ظاهرا في ان الظاهر من قول ابي حنيفة اعتبار الكفاءة واليه ذهب بعض الشارحين قال ولذا قال الشيخ ابو نصر بعد ان اثبت اعتبارها وعن ابي حنيفة لا تعتبر ونحوه في النافع وانما قلنا لكن على الوجه الذي ذكر في شرح الطحاوي لان حقيقة الكفاءة في الصنائع لا تتحقق الا بكونها من صناعة واحدة وفي المحيط وغيره وههنا خساسة هي اخس من الكل وهو الذي يخدم الظلمة يدعى شاكرتاه تابعا وان كان ذا مروة ومال قيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمن ابي حنيفة لا تعد والدناءة في الحرفة منقصة فلا تعتبر وفي زمنهما تعد فتعتبر والحق اعتبار

قال واذا زوجت المرأة ونقصت عن مهر مثلها فالاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتموا لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك
وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رح على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وفي صحة ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما اما على المصر
من منطوقه لا يعترض عليه بالتسمية وكذا عند ابي حنيفة رح لان الاولياء يفخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها والشبه للكفاءة بخلاف الابن
بنت الاب لانه لا يتعير بها اذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهر مثلها او زاد في مهرها جاز ذلك عليهما وكذا ذلك لغير الاب والجد عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز النقصان والزيادة الا ان يتغابن الناس فيه وجه قولهما ان الولاية مقيدة بشرط النظر فيتقيد بالغبن الفاحش والجد عند ابي حنيفة
ليس بمقيد بشرط النظر وشكا في البيع ولهذا لم يملك ذلك غيره وله ان الجد يساوي الاب في النظر وهو القرابة وفي النكاح مقاصده تربو على مهر المثل حتى المقصود وهو التعفف والتحصن
وغيره من المقاصد وهو التناسل وصيرورة الزوج ابنه وهو صغير وهو مشهور وقال محمد رح هذا عند ابي حنيفة رح ايضا لان الاعتراض عن الكفاءة تلحقها بتفويتها وهو ظاهر

ذلك سواء كان ذلك هو المبنى او لا فان الموجب هو استنقاص اهل العرف فيدور معه على هذا ينبغي ان يكون الى انك كفو اللعطار بالاسكندرية
لمهتاك بن حسن اعتبارا وعدم عدها نقصا البتة اللهم الا ان يقترن به خساسة غير قوله واذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها
حتى يتموا لها مهر مثلها او يفارقها فان ثبت الزام احد الامرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما من هذا فتادى النسفي لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم ان يطالبوا بتكميل مهر المثل
لان الثابت لهم ليس الا ان يفسخوا او يكمل فاذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ واعلم ان الدار التسمية حتى يتمم مهر مثلها ولم تاخذه بل
ابرات لا اعتراض عليها ثم قال المص وهذا الوضع اي قولنا اذا تزوجت ونقصت من مهر مثلها فللاولياء الاعتراض وقال محمد مع ابي يوسف
ليس لهم ذلك ومعناه يجب بتقييد العقد فرع صحة عقد المرأة بنفسها فانما يصح من محمد على اعتبار رجوعه الى ذلك لما انه تقدم عنه انه لا يصح مباشرتها
بنفسها بل هو موقوف على اجازة الولي قال وهذه شهادة على رجوعه صادقة واورد عليه انه انما يتم لو تعين هذا الوضع في النكاح بغير ولي
وليس كذلك فانه لو اذن لها الولي بالتزويج ولم يسم مهرا فعقدت على هذا الوجه صح وضع المسئلة على قول محمد وكذا لو اكره السلطان امرأة او وليها
على تزويجها بمهر قليل ففعل ذلك ثم زال الاكراه ورضيت المرأة ولم يرض الولي ليس له ذلك في قول محمد الاول فلم يكن هذا الوضع دالا على رجوع
محمد الى قولهما انتهى ولا شك ان قولنا اذا تزوجت ونقصت لا ينقص عند محمد عام في الصور على ما هو حال اسماء الشرط فباعتبار عمومه تكون
شهادة صادقة وعليه مشى المص وباعتبار حمله على بعض الصور وهو في نفسه اعم منها لا تكون شهادة وعليه مشى المعترض والاصل خلافه
الا ان يوجب الحمل على بعض الصور موجب وتمام الاعتراض موقوف عليه فتوجيه الاعتراض ان يقال يجب حمله على كذا الصورة المذكورة
فلا يكون فيه شهادة على ذلك وانما يجب هذا الحمل لان المذكور هو المذكور في الجامع الصغير ورجوعه مروي انه قبل موته بسبعة ايام وهو الذي
يشير اليه قول المص وقد صح ذلك ومعلوم ان تصنيفه للجامع قبل ذلك فالحق انه رجع ولا شهادة في هذه قوله واذا زوج الاب ابنته الصغيرة ونقص
من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولزم عند ابي حنيفة رح سواء كان بغبن فاحش او قليل ويثبت المال كله في ذمة الصغير
في الثانية لا في ذمة الاب سواء كان الاب موسرا او معسرا فيقضيه من مال الصغير وقالا لا يجوز الزيادة في النقص الا بما يتغابن فيه وعلى هذا الخلاف تزويج الام
بغبن كفو ويجب ان يكون معنى هذا عدم الكفاءة في غير الديانة اما فيها فلا لما قالوا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار مجانة وفسقا كان العقد
باطلا على قول ابي حنيفة على الصحيح ومن زوج بنته الصغيرة القابلة للتخلق بالخير والشر ممن يعلم انه شرير فاسق ظاهر سواء اختياره ولان ترك النظر هنا
مقطوع به فلا يعارض ظهور ارادة مصلحة تفوق ذلك نظرا الى شفقة الابوة وما في النوازل زوج ابنته الصغيرة ممن ينكر انه يشرب المسكر فاذا
مدمن له وقالت للارضى بالنكاح يعني بعد ما كبرت ان لم يكن يعرفه الاب بشربه وكان غلبة اهل بلدته صالحين فالنكاح باطل لانه انما زوج على ظن انه
كفو لقيد خلافه اذ يقتضي انه لو عرف الاب بشربه فالنكاح نافذ وهو ينافي ما قرره من ان الاب اذا عرف بسوء الاختيار لا ينفذ تزويجه من غير
الكفوء والجواب انه لا تلازم بين ثبوت سوء الاختيار وتيقنه وبين كونه معروفا به فلم يلزم بطلانه عند تحقق سوء الاختيار مع انه لم يتحقق
للناس كون الاب العاقد معروفا بمثله قوله ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما اي قولهما لا يجوز هل معناه نفي صحة العقد او نفي صحة التسمية
والعقد صحيح فيزاد الى مهر المثل قيل بالاول وقيل بالثاني واختار المص الاول لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته ظاهرا بايجاب المال عوض
نفسها ناقصا وابطاله بدون عوض لا تثبت الولاية فلا يصح العقد كالمامور بالعقد بشرط لا يصح عقده اذا لم يجبر على شرطه ولذا لا يملك البيع والشراء

الولاية مقيدة بشرط النظر

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر رح لا يجوز واذا اذن المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رح يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين ولا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجاز المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجل بغير رضاه وهذا عندنا

بغبن فاحش في مالها فايجاب المال عوض نفسها ناقصا اولى لعدم النفاذ واذا كان بحيث لو زوج امتها بغبن فاحش في مالها لا يجوز فتزويجها كذلك اولى لعدم الجواز ولابي حنيفة ان النظر وعدمه في هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار امر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة واذا حال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر في ضده في هذا العقد وامر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر دليله فيعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قرب القرابة الداعية الى وفور الشفقة مع كمال الرأي ظاهرا بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة في العصبات ونقصان الرأي في الام وهذا معنى قوله والدليل عدمناه في حق غيرهما فلا يصح عقدهم لذلك وعلى هذا ابنتي الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت واجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفو ولذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار او المجانة والفسق كان العقد باطلا على قول ابي حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح اما المال فهو المقصود في التصرف المالي لا امر آخر باطن ليحال النظر عليه عند ظهور التقصير في المال فلذا لا يجوز تزويجه امتها بغبن فاحش لانه اضاعة مالها لان المهر ملكها ولا مقصود آخر باطن ليصرف النظر اليه فلا يعول عليه ويدل على ذلك تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي بار بعمائة درهم ولا شك في انه دون مهر مثلها لانها اشرف النساء فيلزم اما ان لا مهر اكثر منه بل الاب هو اقل منه او انها مهر مثلها والاول منتف فلزم الثاني وهذا موقوف على ثبوت ان تزويجه صلى الله عليه وسلم اياها كان قبل البلوغ والا لا يفيد وقد يقال اذا كان المدار عنده دليل النظر وهو القرابة الخاصة اعني قرابة الاب والجد فلا يعتبر كونه معروفا بسوء الاختيار لان المظنة يجوز التعليل بمانع العلم بانتفاء حكمتها وهذا كذلك والجواب ان المظنة ما يغلب معها الحكمة ان لم تلزم فالمعروف بذلك ليس مظنة والحاصل ان تخصيص العلة او القول بان العلة مجموع قرابة الاب غير المعروف بسوء الاختيار على الاختلاف في جواز تخصيص العلة وعدمه ومسئلة تزويج الاب بنته من غير كفو جهالة غرر قدمناها والوجه من الجانبين واحد

فصل في الوكالة في النكاح وغيرها من احكام الولي والفضولي وبقي الرسول نذكره بعد ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير انها تستفاد من المولى على نفسه كانت ثانية للولاية الاصلية فاوردناها ثانية في التعليم لباب الاولياء ثم ذكرنا غيرها من الفصول لتاخره عنها لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولي المحرم فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل في السبب غير ان ابتداءه بالولي ان نظر فيه الى انه اقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى ان عقد الاصيل للوكيل اولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل **قوله** ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه الصغيرة بغير اذنها والبالغة باذنها فيقول اشهدوا اني تزوجت بنت عمي فلانة بنت فلان بن فلان او زوجتها من نفسي وقال زفر رح لا يجوز واذا اذنت المرأة لرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر رح والشافعي رح لا يجوز وصورتها ان يقول اشهدوا ان فلانة بنت فلان بن فلان وكلتني ان ازوجها من نفسي وقد فعلت ذلك فلو لم ينسبها الى الجد ولم يعرفها الشهود ففي التفاريق وسعة فيما بينه وبين الله تعالى وفي النوازل قال لا يجوز النكاح لان الغالب انما يعرف بالتسمية الا يرى انه لو قال تزوجت امرأة وكلتني لا يجوز وعلى هذا الخلاف كل وكيل لامرأة بتزويجها من نفسه وذكر الخصاف رجل خطب امرأة فاجابته وكرهت ان يعلم اولياؤها فجعلت امرها في تزويجها الى الخاطب اتفقا على المهر فكره الزوج تسميتها عند الشهود قال يقول اني خطبت امرأة بصداق كذا ورضيت به وجعلت امرها الي بان اتزوجها فاشهدكم اني تزوجت المرأة التي

فان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم قلنا ان ركن التصرف

امرأة على صداق كذا فينعقد النكاح قال شمس الائمة الحلواني الخصاف كبير في العلم وهو ممن يقتدى به وقال في التجنيس وذكر في المنتقى ان مثل التعريف يكفي ومثل هذا الخلاف فيما لو كانت حاضرة متنقبة ولا يعرفها الشهود فمن الحسن وبشر يجوز وقيل لا يجوز ما لم ترفع نقابها ليراها الشهود والاول اقيس فيما يظهر بعد سماع الشطرين منهما لان الشرط ليس شهادة تعتبر للاداء بل يشترط العلم على التحقيق بذات المرأة على ما تقدم ثم رأيت في التجنيس انه هو المختار لان الحاضر يعرف بالاشارة والاحتياط كشف نقابها وتسميتها ونسبتها وهذا كله اذا كانوا يعرفونها اما اذا كانوا لا يعرفونها وهي غائبة فذكر الزوج اسمها لا غير جاز النكاح اذا عرف الشهود انه اراد المرأة التي يعرفونها لان المقصود من التسمية التعريف وقد حصل انتهى وبقولنا قال مالك رحمه الله واحمد وسفيان الثوري وابو ثور والظاهرية وقوله من نفسه احتراز عما وكله ان يزوجها مطلقا فانه لو زوجها من نفسه لا يجوز وكذا لو وكلت اجنبيا او وكل امرأة بان تزوجه فزوجته من نفسها لا يصح ايضا لزفر والشافعي ان الواحد لا يتصور على البناء للفاعل ان يكون مملكا او متملكا كما في البيع لا يجوز كونه وكيلا من الجانبين لتضاد حكمي التمليك والتملك ولهما قوله الاثر وهو ما روي عنه صلى الله عليه وسلم كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان عدل الا ان الشافعي يقول على احد الوجهين في الولي ضرورة اذ لا يتولاه غيره فلو منع من تولي شطريه امتنع اصلا لانه لو امر غيره بتزويجها منه كان قائما مقامه وانتقلت عبارته اليه لتكلمه هو بنفسه فلا فرق فيه في التحقيق وهذا الاستثناء جار على اعتقاد المص ان الشافعي يقول في المسئلة الاولى بالجواز كقولنا ولذا اقتصر في نقل الخلاف فيها على خلاف زفر لكن الواقع ثبوت خلاف الشافعي فيها ايضا لانه لا تثبت ولاية اجبار لغير الاب والجد فلا يتصور ان يجيز تزويج ابن العم بنت عمه من نفسه والذي يجيزه الشافعي من تولي الطرفين هو تزويج الجد بنت ابنه من ابن ابنه وليس هو في هذا مملكا ومتملكا فلا يصح مستثنى ولو جعل منقطعا لم يصح تعليله بالضرورة فان معنى الكلام انه لا يصح المباشر مملكا ومتملكا الا في الولي صح ذلك ضرورة لكنه منتف ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر حتى لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل على ما نذكر ولا ترجع حقوق العقد اليه حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة بخلاف البيع لا يصح ان يكون الواحد فيه وكيلا من جهة البائع والمشتري فانه فيه مباشر ترجع الحقوق اليه ويستغني عن الاضافة والواحد يصلح ان يكون معبرا بين اثنين والتمانع انما هو في الحقوق لا في نفس التلفظ فالذي يرجع اليه لا امتناع فيه والذي فيه الامتناع لا يرجع اليه وللانتقال لكونه معبرا لعبارة الغير يكون ذلك العقد قائما باربعة الاثنين المعبر عنهما والشاهدين على ما هو في الانوار واعلم انه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه او اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى ان هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المص فقوله زوجت فلانة من نفسي مغني الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهر زاده هذا اذا ذكر لفظا اصيل فيه اما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي فان قال تزوجت فلانة كفى فان قال زوجتها من نفسي لا يكفي لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهي ما ذكرناه القاصر تحقق نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس الصافي علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنت اخيه من ابن اخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج ان يقول قبلت وكذا كل من يتولى طرفي العقد اذا اتى باحد شطري لا يجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الآخر الواحد يقع دليلا من الجانبين **قوله** فان كل عقد كالبيع والاجارة ونحوهما صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة فاذا اجاز

لا يعبر عنه

صدره من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد

من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد فسر الجبر في النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا او وكيلا او اصيلا وقال في فصل بيع الفضولي من النهاية الاصل عندنا ان العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن تبطل والشراء اذا وجد نفاذا نفذ على العاقد والا توقف بيانه الصبي اذا باع ماله او اشترى او تزوج او زوج امته او كاتب عبده ونحوه يتوقف على اجازة الولي في حالة الصغر فلو بلغ قبل ان يجيز والولي فاجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبي امرأته او خلعها او اعتق عبده على مال او دونه او وهب او تصدق او زوج عبده او باع ماله محاباة فاحشة او اشترى باكثر من القيمة مما لا يتغابن فيه وغير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو اجازها بعد البلوغ لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ اوقعت ذلك الطلاق والعتاق انتهى وهذا يوجب ان يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولي اذ لا توقف في هذه الصورة وان قيل فضولي آخر او ولي لعدم قدرة الولي على امضائها ولو اراد هنا بالمجيز المخاطب مطلقا كان ينبغي ان يقول له مجيز ومن يقدر على انفاذه ليصح جواب المسئلة اعني قوله العقد موقوفا لان الصبي في الصورة المذكورة فضولي وانه بعقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على انفاذه وعلى هذا لا يكون العقد شاملا للبيع لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته ان يقول اجنبي لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فانت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان اجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت دخلت بها طلقت كذا في الجامع وفي المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج اجزت الطلاق على فهو جائز ولو قال اجزت هذه اليمين على المسئلة لا يقع الطلاق حتى تحل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا ان الصبي اذا تزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبي العاقل من اهل العبارة غير انه محتاج الى رأي الولي فالصواب ان يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء او يندرج المخاطب في ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولي فان اسم العقد لا يتم الا بالطرفين او ما يقوم مقامهما وعلى هذا قوله ما لا مجيز له اي ما ليس له من يقدر على الاجازة يبطل كما اذا كان تحته حرة فزوجه الفضولي امته او اخت امرأته او خامسة او زوجه معتدة او مجنونة او صغيرة يتيمة في دار الحرب او اذا لم يكن سلطان ولا قاض لا يتوقف لعدم من يقدر على الامضاء حالة العقد لان دار الحرب ليس بها مسلم له ولاية حكم ليمكن تزويجه اليتيمة فكان كالمكان الذي في دار الاسلام ليس له حاكم ولا سلطان فانه ايضا يتعذر تزويج الصغائر فيه للاتي لا غواصب لهن فوقع باطلا حتى لو زال المانع بموت امرأته السابقة وانقضاء عدة المعتدة فاجاز لا ينعقد اما اذا كان فيجب ان يتوقف لوجود من يقدر على الامضاء ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم اعتق حيث تصح هذه الكفالة حتى يوخذ فيها بعد الحرية وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا اذا وكل المكاتب بعتق عبده ثم اجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وكذا لو اوصى بعين ماله ثم عتق فاجاز الوصية فيصح لان كفالة التزام المال في الذمة وذمته قابلة للالتزام لكن لا يظهر للحال بحق المولى فاذا زال المانع بالاعتاق ظهر موجبه اما التوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بلفظ الاجازة والانشاء لا يستدعي عقدا سابقا وكذا لو قال لآخر اجزت ان تطلق امرأتي او ان تعتق عبدي او ان تكون وكيلي او ان تكون مالي وصية كان توكيلا ووصية بخلاف غيرهما من التصرفات او قال اجزت عتق عبدي او ان تكون فلانة زوجتي او ان يكون مالي لفلان لا يتم شرح يستدل على توقف عقد الفضولي فقال ان ركن العقد وهو الايجاب والقبول صدر من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله وهو غير المحرمات والحال انه لا ضرر في انعقاده على التوقف اما الضرر في ابرامه بدون اختيار من له الاجازة فوجب ان ينعقد موقوفا على الاجازة حتى اذا رأى من له الاجازة المصلحة فيه ينفذه والا يتركه فما فيه الضرر لم يثبت بهذا العقد وما فيه مصلحة وهو توقفه على الاجازة عند ظهور وجه وجود المصلحة بل هو الثابت فكان تصرف الفضولي هذا من باب الاعانة

ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت
جاز فكذلك ان كانت المرأة هى التى تولت جميع ذلك هذا عند ابى حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فاجاز
جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد
بين الفضوليين او بين الفضولى والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا
يتوقف وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان للوجود شطر العقد لانه شطر حالة الحضرة فكذا عند
الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما فى البيع بخلاف المأمور من الجانبين لانه
ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع واختاه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتوقف به

على تحصيل غرض المسلم من تحصيل الكفو والمهر وجبر السلطة فوجب اعتباره على الوجه الذى قلنا لانه داخل فى عموم فعل الخيرات وتقدير اخى حكم العقد عن
العقد كما فى البيع بشرط الخيار للبائع يتراخى ملك المشترى الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه فى الحال على عقد الفضولى لا يوجب بطلانه والاولى ان
يقال عقد يرجى نفعه وتعقبه حكمه ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا رأى الخفوتك لا يقدر على اثبات حكمه فيبقى ممنوع الملازمة
بل اذا ليس من مصلحة وانما قلنا هذا لان قوله صدر من اهله مايمنع ويقول الشافعى ان اريد اهل العقد فى الجملة فمسلم ولا يفيد وان اريد هذا العقد الذى
فيه هو فضولى فممنوع بل اهله من له ولاية اثبات حكمه **قوله** ومن قال اشهدوا انى قد تزوجت فلانة يعنى الغائبة من غير اذن سابق منها له فبلغها فاجازت
فهو باطل وان قال آخر اشهدوا انى قد تزوجتها منه فقبل آخر فبلغها فاجازت جاز وان لم يقبل احد لم يجز ولذلك ان كانت هى التى قالت جميع ذلك
يعنى يكون العقد باطلا اذا قالت اشهدوا انى قد تزوجت فلانا يعنى الغائب من غير اذن سابق لها منه فبلغه الخبر فاجاز وان قال آخر اشهدوا انى قد زوجته
منها فقبل آخر عن الغائب فبلغه فاجاز جاز وان لم يقبل احد عن الغائب لم يجز وان اجاز هذا عند ابى حنيفة ومحمد رح يعنى هذا التفصيل وقال ابو يوسف
فيهما يجوز اذا اجاز الغائب وان لم يقبل الا بقيت صورة ثالثة هى ان يقول رجل زوجت فلانة من فلان فيكون فضوليا من الجانبين ان قبل منه
فضولى آخر توقف اتفاقا والا فعلى الخلاف فتحصل ست صور ثلاث اتفاقية وهى قول الرجل تزوجت فلانة والمرأة تزوجت فلانا او الفضولى زوجت فلانا من فلانة
وقبل آخر فيها وثلث خلافية هى هذه اذا لم يقبل احد ثم قال وحاصل الخلاف الخ يعنى اصل الخلاف اختلافهم فى ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين
او فضوليا من جانب اصيلا من جانب او وكيلا او وليا وقيده بعضهم بما اذا تكلم بكلامين فانه يتوقف بالاتفاق ذكره فى شرح الكافى
والحواشى ولا وجود لهذا القيد فى كلام اصحاب المذهب بل كلام محمد على ما فى الكافى للحاكم ابى الفضل الذى جمع كلام محمد مطلق
عنه واصل المبسوط خال عنه قال ويجوز للواحد ان ينفرد بعقد النكاح عند الشهود على اثنين اذا كان وليا لهما او وكيلا ولا يجوز ذلك اذا كان
وليا او وكيلا لاحدهما دون الآخر او لم يكن وليا ولا وكيلا لواحد منهما وعبارة المبسوط ايضا كذلك وانما هو من التصرفات والظاهر ان منشاه
ما نقل من المبسوط من ان اصل الخلاف فى هذه الصور ان شطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس عندهما وهو قول ابى يوسف اولا وقال آخرا يتوقف
فاخذ منه ان الفضولى لو تكلم بكلامين بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عنه توقف بالاتفاق يعنى انه ح عقد لا شطر وان الخلاف
فيما اذا تكلم بكلام واحد وقيد به بعضهم قول الهداية والحق الاطلاق وبتكلمه بكلامين لا يخرج عن كونه فضوليا من الجانبين وقوله فى الهداية
فى وجه قولهما وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس صريح فى ان عدم توقف الشطر اتفاقى لان الالتزام لا يتم الا بمتفق والا لم يصح فيخالف
ما فى المبسوط وهو الراجح لانه لا يعلم خلاف فى انه اذا اوجب احد المتعاقدين البيع او النكاح فلم يقبل الآخر فى المجلس بطل وهذا معنى الاتفاق
على ان شطر العقد لا يتوقف والا لجاز ان يقبل فى مجلس آخر ثم النكاح والبيع عند ابى يوسف رح وليس كذلك والحق ان مبنى الخلاف
فى ان ما يقوم بالفضولى عقد تام وشطره فعندهما شطر فلا يتوقف وعنده تام فيتوقف وعلى هذا تقرر الدليل من الجانبين **قوله**
هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين نفذ اتفاقا وهو فرع اعتبار الصادر منه عقدا تاما وهو فرع كلامه مقام كلامين فاذا كان فضوليا من الجانبين
يتوقف لانه لا فارق الا وجود الاذن وعدمه واثره ليس الا فى النفاذ فيبقى ما سوى النفاذ من كونه عقدا تاما فيتوقف وحاصله قياس صورة
عدم الاذن على صورة الاذن فى كونه عقدا تاما ثبت ثبوته لازمه وهو التوقف بالغاء الفارق وقوله وصار كالخلع يعنى من جانبه والطلاق والاعتاق على مال

ومن امر رجلا ان يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما للمخالفة ولا الى التنفيذ في احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فتعين التفريق

قياس على صورة اخرى ما اذا قال خالعت امرأتي او طلقتها على الف وهي غائبة فبلغها فاجازت جاز وكذا اعتقت عبدي على الف فبلغه فاجاز جاز كالاولى ولهما ان القائم به شطر العقد فتنظره لا يتوقف اما الثانية فبالاتفاق واما الاولى فلانه شطر حالة الحضرة اي خطاب الحاضر وقبوله فكذا حالة الغيبة لانه لا فرق بحال الا ان تكلم بكلامين حالة الغيبة وذلك لا يوجب صيرورته عقدا تاما لان كون كلامي الواحد عقدا تاما هو كونه اثر ما مورا من الطرفين او من طرف وله ولاية الطرف الآخر وهذا لان العقد عبارة عن كلام اثنين يتبادلان بدلين وكلام الواحد ليس كلام اثنين الا حكما لاذنهما له او ولاية له ولا اذن للفضولي فلا عقد تام يقوم به فتضمن هذا التقرير منع كون الاذن ليس اثره الا في النفاذ بل تاثيره في النفاذ يستلزم تاثيره في كونه عقدا تاما وفي كون كلامه كلامين لتوقف النفاذ على ذلك ولو سلم عدم تاثيره فيهما لم يلزم كون كلام الفضولي عقدا تاما لان كون الكلام عقدا تاما لازم شرعي مساو للنفاذ ولا اذن في الفضولي فانتفى حكمه بلازمه المساوي بخلاف الخلع واختيه لانه تصرف يمين حتى لا يملك الرجوع لانه تعليق الطلاق والمعتق بقبولها المال فيتم به اذ ليس عقدا حقيقيا وكذا لو كانت هي الخابعة بان قالت خالعت زوجي على الف لم يتوقف لانه من جانبها مبادلة وعورض بانه لو كان تعليقا لم يبطل لكنه يبطل لو قال طلقتك بكذا فقامت من المجلس قبل القبول بطل وليس لها ان تقبل بعده اجيب لا يلزم من كونه تعليقا ان لا يبطل بالقيام بل من التعليقات ما يبطل به ويقتصر على وجود الشرط في المجلس كقوله انت طالق ان شئت يقتصر على وجود المشيئة في المجلس وهذا مثله **فروع** للفضولي في النكاح ان يفسخه قبل الاجازة عند ابي يوسف رح حتى لو اجاز من له الاجازة بعد ذلك لا ينفذ في قول ابي يوسف الآخر قاسه على البيع وليس له ذلك عند محمد رح ويفرق بان متعلق العقد في البيع ترجع الى الفضولي بعد الاجازة لانه يصير كالوكيل بخلاف النكاح هذا وثبت الاجازة باجزت ونحوه بلا خلاف وكذا بقوله نعم ما صنعت وبارك الله لنا واحسنت واصبت على المختار واحتماله الاستهزاء لا ينفي ظهوره في الاجازة وكذا هذا في طلاق الفضولي وبيعه وكذا اذا هنأه فقبل التهنئة لانه دليل الرضا وكذا اذا قال طلقها بخلاف قوله طلقها بعده لان تمرده يقتضي حمله على ما يناسبه من المشاركة وسياتي الكلام فيه ولو زوجه الفضولي اربعا في عقدة وثلثا في عقدة فطلق واحدة من فريق كان اجازة لنكاح ذلك الفريق لان الطلاق الصحيح فرع النكاح الصحيح وكذا لو ادعت على رجل نكاحا فانكر ثم طلقها او قالت لرجل طلقني يكون اقرارا بالنكاح الصحيح لان دعواها لم يكن كونها كذبا وتمردا ليكون ظاهرا في المتاركة بخلاف ما لو باشره العبد بلا اذن سيده وقوله بالفارسية باك نيست اجازة على ما اختاره ابو الليث لانه يستعمل للاجازة ظاهرا ومثل في لك في المراة وقبول المهر اجازة وقبول الهدية ليست باجازة لانه لا يتوقف سلامته على النكاح بخلاف المهر

قوله ومن امر رجلا ان يزوج به امراة فزوجه تثنيتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما هذا شروع في مسائل الوكيل ولا يشترط الشهادة على الوكالة بالنكاح بل على عقد الوكيل وانما ينبغي ان يشهد على الوكالة اذا خيف جحد الموكل اياها وقوله لم يلزمه واحدة منهما يعني اذا لم يعينها للوكيل وكانه اكتفى بالتنكير دلالة على ذلك اما اذا عينها فزوجه اياها مع اخرى في عقدة واحدة نفذ في المعينة ولو زوجه اياها في عقدتين لزم الاولى وتوقف الثانية لانه فضولي فيه ولو امره بتثنيتين في عقدة فزوجه واحدة جاز بخلاف ما لو امره بشراء ثوبين في صفقة لا يملك التفريق لان الجملة في البيع نظمته الرخص فاعتبر تقييده وليس في النكاح كذلك فلا يعتبر الا ان قال لا تزوجني الا امراتين في عقدة واحدة ثم افاد وجه ما ذكر في الكتاب بقوله لا وجه الا تنفيذهما للمخالفة ولا الى تنفيذ احدهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية فيتعين التفريق وهو غير مطابق للدعوى لانها عدم لزوم واحدة منهما لا لزوم التفريق بينه وبين كل منهما ولا يساويها اذ له ان يختار نكاحهما او نكاح احدهما ولا هو لازم كما ذكره بل الازم عدم

ف الوكيل

ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة
وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو التزويج بالاكفاء
قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في
هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفو والله اعلم

امكان تنفيذها وتقييدها نهايتها معنيا فانتفى اللزوم مطلقا وهو المطلوب وكان ابو يوسف يقول اولا يصح نكاح احدهما لغيره عنهما وليبان
الى الزوج ثم رجع لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط واذا وقع التعليل بالمخالفة لعدم النفاذ فلينذكر من فروعه فالوكيل
اذا خالف الى خير لو كان خلافه كلا خلاف نفذ عقده وليس منه ما اذا امره بالنكاح الفاسد فزوجه صحيحا بل لا يجوز لعدم الوكالة بالنكاح
لان النكاح الفاسد ليس نكاحا لانه لا يفيد حكمه وهو الملك واما العدة بعد الدخول فيه وثبوت النسب فليس حكما بل للفعل اذا لم يتمحض
زنى بخلاف البيع الفاسد فانه بيع يفيد حكمه من الملك فكان الخلاف فيه الى البيع الصحيح خلافا الى خير فيلزم وليس منه ما اذا وكله بالنكاح
بالف فلم ترض المرأة حتى زادها الوكيل ثوبا من مال نفسه فانه لا ينفذ والنكاح موقوف على اجازة الزوج لانه خلاف الى ضرر لان الثوب
لو استحق وجبت قيمته على الزوج لا الوكيل لانه متبرع ولا ضمان على متبرع حتى لو لم يعلم الزوج بذلك الا بعد الدخول فهو بالخيار ولا يكون الدخول
بها رضا بامضاء الوكيل لانه لم يعلم فان فارقها بعد الدخول فلها الاقل من المسمى ومهر المثل لانه كالنكاح الفاسد والدخول فيه يوجب ذلك
بخلاف ما لو امره بعمياء فزوجه بصيرة جاز ولو امره ببيضاء فزوجه سوداء او على القلب او من قبيلة فزوجه من اخرى او بامة فزوجه حرة لا يجوز ولو
زوجه مدبرة او مكاتبة ام ولد جاز قوله ومن امره امير ان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة رح رجوعا الى اطلاق اللفظ
وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا والتقييد بالامير مطلقا وان كان امير المؤمنين ليعلم ذلك فيمن دونه بطريق اولى فحاصل المسئلة
اذا امر غيره بتزويجه فزوجه امرأة لا تكافيه ولا تهمة ولو زوجه امة لغيره او عمياء او مقطوعة اليدين او رتقاء او مفلوجة او مجنونة جاز عنده
خلافا لهما ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز اتفاقا وقيل هو قولهما خلافا لهما ولو زوج وكيل المرأة المرأة غير كفو قيل هو على الخلاف وقيل
الصحيح انه لا يجوز اتفاقا والفرق لابي حنيفة رح ان المرأة تعير بغير الكفو فيتقيد اطلاقها به بخلاف الرجل فانه لا يعير بعدم كفاءتها له لانه
مستفرش والمعير لا يعيره وناة الفراش انما لو كانت امة للوكيل فلا يجوز للتهمة ولهذا لو وكل امرأة فزوجته نفسها او وكلت رجلا فزوجها من نفسه
لا يجوز وكذا اذا زوج وكيل الرجل بنته او بنت ولده او بنت اخيه وهو وليها لا يجوز للتهمة ولهما ان المطلق يتقيد بالعرف وهو التزويج
بالاكفاء قلنا العرف مشترك اي الواقع من اهل العرف تزوجهم بالمكافيات وغير المكافيات فليس مختصا بتزويج المكافيات لينصرف الاطلاق
اليه او عرف عملي فلا يصلح مقيدا للفظ اذ اللفظ المقيد عبارة عن لفظ ضم اليه لفظ يقيده ولا يخفى ما في هذا الوجه وقولهم في الاصول الحقيقة تترك بدلالة العادة
بفيه ذ ليست العادة الا عرفا عمليا فالاولى الاول قال الاسبيجابي قولهما احسن للفتوى واختاره الفقيه ابو الليث وقد يكون
في سكوت الشيخ عقيب قوله وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوجة فكانت
الاستعانة في التزوج بالمكافية اشارة الى اختيار قولهما لان الاستحسان مقدم على غيره الا في المسائل المعلوم والحق ان قول
ابي حنيفة رح ليس قياسا لانه اخذ بنفس اللفظ المنصوص فكان النظر في اي الاستحسانين اولى وفي وجه الاستحسان المذكور وقع لقول من
قال من المشايخ ان هذه المسئلة دلت على ان الكفاءة معتبرة عندهما في النساء للرجال اذ ظهر ان قولهما ليس بناء عليه بل على ان الظاهر ان
الاستعانة لا تحصل الا بتحصيل المناسب لا فيما صدق عليه مطلق الاسم لان كل احد يقدر على ذلك هذا ولو وكيل بتزويج امرأة بعينها تملكه
بالغبن اليسير اجماعا والفاحش عنده خلافا لهما والفرق له بينه وبين الشراء حيث لا يجوز شراء الوكيل بالغبن الفاحش اتفاقا ان التهمة

باب المهر

قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهر لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحته

في حق الوكيل بالنكاح متفقة بسبب عدم استغنائه عن اضافة العقد الى موكله فيجوز منه بالغبن الكثير بخلاف الشراء فانه يستغني فيه عنه فتمكنت تهمة انه اشترى لنفسه فوجده خاسرا فجعله لموكله ومعنى لا يجوز هنا لا ينفذ النكاح الا ان يجيزه وكذا ان سمى الوكيل مثلا الفا فزوجه باكثر فان دخل بها ولم يكن يعلم قبله ثم علم فهو على خياره لان هذا الدخول ليس رضا لانه على اعتبار ان الوكيل لم يخالف اذ لم يعلم بخلافه بخلاف ما علم قبل دخوله بها فان فارقها فلها الاقل من المسمى ومهر المثل فان كان الوكيل او الرسول ضمن المهر واخبرهم انه امره بذلك ثم رد الزوج النكاح للزيادة في المهر لزم الوكيل او الرسول نصف المهر وليس له ان يلزمه النكاح ويغرم هو الزيادة لانه لما لم يمتثل صار فضوليا ولو كانت هي الموكلة وسمت الفا مثلا فزوجها الوكيل ثم قال الزوج ولو بعد الدخول تزوجتك بدينار وصدقه الوكيل ان اقر الزوج ان المرأة لم توكله بدينار فهي بالخيار ان شاءت اجازت النكاح بدينار وان شاءت ردته ولها مهر مثلها بالغا ما بلغ ولا نفقة عدة لها لانها لما ردت تبين ان الدخول حصل في نكاح موقوف فيوجب مهر المثل دون نفقة العدة وان كذبها الزوج فالقول قولها مع يمينها فان ردت فباقي الجواب بحاله قال المصنف في التجنيس يجب ان يحتاط في مثل هذا الامر لانه ربما يقع مثل هذا وقد حصل لها منه اولاد ثم تنكر المرأة قدر ما زوجها الوكيل ويكون القول قولها فترد النكاح وكذا هذا في سائر الاولياء اذا كانت المرأة بالغة وهذا ما ذكر في الرسول من مسائل اصل المبسوط قال اذا ارسل الى المرأة رسولا حرا او عبدا صغيرا او كبيرا فهو سواء اذا بلغ الرسالة فقال ان فلانا يسالك ان تزوجيه نفسك فاشهدت انها زوجته وسمع الشهود كلامها وكلام الرسول فان ذلك جائز اذا اقر الزوج بالرسالة او قامت عليه بينة فان لم يكن احدهما فلا نكاح بينهما لان الرسالة لما لم تثبت كان الآخر فضوليا ولم يرض الزوج بصنعه ولا يخفى ان مثل هذا بينة في الوكيل ثم ذكر في الرسول فروعا كلها تجري في الوكيل الا ما يذكر بالفور قال فان كان الرسول زوجها وضمن لها المهر وقال قد امرني بذلك فالنكاح لازم للزوج ان اقر بذلك او ثبت ببينة واضمان لازم للرسول ان كان من اهل الضمان فان جحد ولا بينة بالامر فلا نكاح وللمرأة على الرسول نصف المهر لانه مقر بانه امره بذلك وان النكاح جائز وان الضمان قد لزمه واقراره على نفسه صحيح قال وذكر في كتاب الوكالة قال محمد رده على الوكيل المهر كله لان جحود الزوج ليس بفرقة وهذا يبين لك ان لا فرق في هذه الاحكام بين الرسول والوكيل ثم قال في المبسوط فقيل ما ذكرنا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وهناك قول محمد وابي يوسف الآخر بناء على ان قضاء القاضي ينفذ ظاهرا وباطنا عنده فينفذ بالفرقة قبل الدخول وسقط نصف المهر وعلى قول محمد رده لا ينفذ باطنا فيبقى جميع المهر على الزوج فيجب على الكفيل لاقراره به وقيل بل فيه روايتان وجه تلك الرواية ان الزوج منكر لاصل النكاح وانكاره للنكاح ليس طلاقا فلا يسقط به شيء بزعم الكفيل ووجه هذه انه انكر وجوبه عليه وهو يملك اسقاط نصفه عن نفسه بسبب يكسبه فيجعل مسقطا فيما يمكنه قال فان كان الرسول قال لم يامرني ولكني ازوجه واضمن عنه المهر ففعل ثم اجاز الزوج جاز ولزم الزوج الضمان لان الاجازة كالاذن في الابتداء وان لم يجز لم يكن على الرسول شيء لان اصل السبب قد انتفى برده وبراءة الاصيل توجب براءة الكفيل

باب المهر حكم العقد يسبقه في الوجود فعقبه اياه في البيان ليتحاذى بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي **قوله** ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهر لا خلاف في ذلك لان النكاح عقد انضمام يعني ليس ماخوذا في مفهومه المال جزءا فيتم بدونه الا ان قوله عقد لا يستلزمه الا اذا لم يثبت في مفهومه زيادة شروط وهو منتف اذ قد ثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ويزوج ان المهر ايضا واجب شرعا فيه فاجاب بانه وجب

وكذا اذا تزوجها بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك رح واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي رح ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا لما انه حقها فيكون التقدير اليها ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل

شرعا كما الحديث فاده بقوله فلا يحتاج الى ذكره اذا لم يسم اماته لشرف المحل اما انه وجب شرعا فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم فقيد الاحلال به واما اعتباره حكما فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله فكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم واما انه اباحة لشرفه فلمقابلته ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة والا لوجب تقديم تسميته فعلمنا ان البدل النفقة وهذا الاظهار خطره ولا يستهان به واذن فقد تاكد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المهر فحصل ان المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك يثبت مهر المثل عند عدم تسمية المهر **قوله** وكذا اذا تزوج بشرط ان لا مهر لها اي يصح النكاح وفيه خلاف مالك رح وجه قوله ان النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط ان لا ثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط ان لا مهر وكان مقتضى هذا ان يفسد بترك التسمية ايضا الا انا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود في المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على ان المهر اعتبر حكما شرعا والا لما تم بدون التنصيص عليه اذ لا وجود لشيء بلا ركنه شرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت به كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلا يتم دونه وبهذا ظهر ان ركن البيع بعت بكذا لا مجرد قوله بعت هذا ويصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى في كونه دينا فان هلك وبه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها ان تردها زاد على قدر المتعة ولو كان الرهن قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها ان تحبسه بالمتعة في قول ابي يوسف الآخر وفي قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشيء يحبس بتحلفه كالرهن بالعين المغصوبة تكون محبوسة بالقيمة وجه الآخر انها دين آخر لانها ثياب وهي غير الدراهم والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ما اذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمتعته حتى هلك بل يضمن تمام قيمته ففي قوله الاول لا ضمان عليها لانها حبسته بحق وفي الآخر تضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها لا ضمان عليها ولكنها في قوله الآخر تصير مستوفية للمتعة وفي قوله الآخر لها ان تطالبه بها **قوله** واقل المهر عشرة دراهم فضة وان لم تكن مسكوكة بل تبرا وانما تشترط المسكوكة في نصاب السرقة للقطع تقليلا لوجود الحد وهذا عندنا وعند مالك رح ربع دينار وعند الشافعي اربعون وقال الشافعي واحمد رح ما يجوز كونه ثمنا لانه حقها اذ جعل الى بضعها ولذا تتصرف فيه ابراء واستيفاء فيكون التقدير اليها ويدل على عدم تعيين العشرة حديث عبد الرحمن بن عوف حيث قال فيه كم سقت اليها قال وزن نواة من ذهب فقال بارك الله لك ولم ولو بشاة رواه الجماعة والنواة خمسة دراهم عند الاكثر وقيل ثلثة وثلث وقيل النواة فيه نواة التمر وعن جابر رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا او تمرا فقد استحل رواه ابو داود ولان قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين يوجب وجود المال مطلقا فالتعيين الخاص زيادة عليه بخبر الواحد وانتم تمنعونه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من حديث جابر رض الا لا لا تزوج النساء الا الاولياء ولا تزوجن الا من الاكفاء ولا مهر اقل من عشرة رواه الدارقطني والبيهقي وتقدم الكلام عليه في الكفاءة فوجب العمل بها فيحمل كلما افاد ظاهره كونه اقل من عشرة على انه المعجل وذلك لان العادة عندهم كان تعجيل بعض المهر قبل الدخول حتى ذهب بعض علمائنا الى انه لا يدخل بها حتى يقدم شيئا لها نقل عن ابن عباس رض وابن عمر رض والزهري وقتادة رح تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا فيما رواه ابن عباس رض ان عليا رض لما تزوج بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم اراد ان يدخل بها فمنعه صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال

من عشرة دراهم حتى لم يشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل فيقدر بما يقطع وهو العشرة اعتبارا بنصاب السرقة

اعطها درعا فاعطاها درعه ثم دخل بها الفضل ابي داود ورواه النسائي ومعلوم ان الصداق كان اربعمائة درهم وهي فضة لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رض قالت امرني رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ادخل امرأة على زوجها قبل ان يعطيها شيئا رواه ابو داود فيحمل المنع المذكور على الندب اي ندب تقديم شيء ادخالا للمسرة عليها تأليفا لقلبها واذا كان ذلك مسنونا وجب حمل ما يخالف ما رويناه عليه جمعا بين الاحاديث كذا يحمل امره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على انه تقديم شيء تأليفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك رواه ابو داود وهو محمل رواية الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فانه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات فقيل لا تعارض ليحتاج الى الجمع فان حديث جابر فيه مبشر بن عبيد والحجاج بن ارطاة وهما ضعيفان عند المحدثين قلنا له شاهد يعضده وهو ما عن علي رض قال لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم ولا يكون المهر اقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني والبيهقي وقال محمد بلغنا ذلك عن علي رض وعبد الله بن عمر وعامر وابراهيم ورواه باسناده الى جابر في شرح الطحاوي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا من المقدرات فلا يدرك الا سماعا لكن فيه داود الازدي عن الشعبي رض عن علي رض وداود هذا ضعفه ابن حبان والحق ان وجود ما ينفي يجب الظاهر تقدير المهر بعشرة في السنة كثير منها حديث التمس ولو خاتما من حديد وحديث جابر من اعطى في صداق امرأة ملء كفيه سويقا الحديث وحديث الترمذي وابن ماجة انه صلى الله عليه وسلم اجاز نكاح امرأة على نعلين صححه الترمذي وحديث الدارقطني والطبراني عنه صلى الله عليه وسلم ادوا العلائق قيل وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون ولو قضيبا من اراك وحديث الدارقطني عن الخدري عنه صلى الله عليه وسلم قال لا يضر احدكم تقليل ما يتزوج او تكثيره بعد ان يشهد الا انها مضعفة ما سوى التمس فحديث من اعطى فيه اسحق بن جبريل قال في الميزان لا يعرف وضعفه الازدي ومسلم بن رومان مجهول ايضا وحديث النعلين وان صححه الترمذي فليس بصحيح فيه عاصم بن عبيد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش الخطأ فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن بن السلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه ابو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن ابي ليلى ضعيف وحديث الخدري فيه ابو هارون العبدي قال ابن الجوزي قال حماد بن زيد كذاب وقال السغدي مثله مع احتمال كون ثمن النعلين تساوي عشرة وكون العلائق ادناها النفقة والكسوة ونحوها الا انه اعم من ذلك واحتمال التمس خاتما في المعجل وان قيل انه خلاف الظاهر لكن يجب المصير اليه لانه قال فيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن فان حمل على تعليمه اياها معه او نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين فيفيد الاحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له والا لما لم يقبل ما لم يبلغ رتبة التواتر وهي قطعي في دلالته لانه منسوخ للقطعي فيستدعي ان يكون قطعيا فاما اذا كان خبرا واحدا فلا فكيف واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من ان لزوم تقديم شيء اوجبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن ينفي كون الحمل على ذلك اعلا الا بخبر واحد لم يصح عند المحدثين يستلزم الزيادة على النص لانه يقتضي تقييد الاحلال بمطلق المال فالقول بانه لا يحل الا بمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وانه لا يجوز فان قيل قد اقترن النص بنفسه بما يفيد تقديره بمعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم وما ملكت ايمانهم ثم ذلك المعين مجمل فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما افاد النص معلومية المفروض له سبحانه والاتفاق على انه في الزوجات والمملوكين ما يكفي كالمؤن النفقة والكسوة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر ايضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله خالصة لك يعني نفي المهر خالصة لك وغيرك قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزم تقديره بمعين وتقرير المصنف في تقدير المهر قياس حاصله المهر حق الشرع بالآية

ابان

الجوزي

ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل لان التسمية لا يصلح مهرا كعدمها
ولنا ان فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة
لرضاها بما دونها لانه معتبر بعدم التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما ولا ترضى فيه بالعوض
اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلثة رح وعنده تجب المتعة كما اذا لم
يسم شيئا ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها لانه بالدخول يتحقق تسليم المبدل

وسببه اظهار الخطر للبضع على ما تقدم ومطلق المال لا يستلزم الخطر كحبة حنطة وكسرة وتوريثه في الشرع تقدير ما يستباح به العضو بماله خطر وذلك
عشرة في حد السرقة فيقدر به في استباحة البضع وهذا في رد المختلف فيه الى المختلف فيه فان حكم الاصل ممنوع فانهم لا يقدرون نصاب السرقة
بعشرة وايضا المقدر في الاصل عشرة مسكوكة او ما يساويها ولا يشترط في المهر ذلك فلو سمى عشرة بر الساوي تسعة مسكوكة تجاز اللهم الا
ان يجعل استدلالا على انه مقدر خلافا للشافعي رح في نفيه قوله ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر رح مهر المثل قياسا على عدم التسمية
هكذا التسمية الاقل تسمية ما لا يصلح مهرا وتسمية ما لا يصلح كعدمها فتسمية الاقل كعدم التسمية وعدم التسمية فيه مهر المثل فتسمية الاقل فيه مهر المثل
وقولنا استحسان وله وجهان احدهما ان العشرة في كونها صداقا لا تتجزى شرعا وتسمية بعض ما لا يتجزى كله فهو كما لو تزوج نصفها
او طلق نصف تطليقة حيث يعتبر ويقع طلقة فكذا التسمية بعض العشرة والثاني وهو المذكور في الكتاب حاصله ان في المهر حقين حقها وهو
ما زاد على العشرة الى مهر مثلها وحق الشرع وهو العشرة وللانسان التصرف في حق نفسه بالاسقاط دون حق غيره فاذا رضيت بما دون العشرة
فقد اسقطت من الحقين فيعمل في مالها الاسقاط منه وهو ما زاد على العشرة دون ما ليس لها وهو حق الشرع فيجب تكميل العشرة قضاء لحقه فايجاب
الزائد بلا موجب فان قيل القياس المذكور موجب له ولم يبطل بعد لانه معارضة قلنا ابطاله ان التشبيه المذكور اما في الحكم ابتداء بان يدعى
اندراج تسمية ما لا يصلح في عدمها فثبوت الحكم فيه اعني وجوب مهر المثل ح بالنص والاجماع دون القياس وح يمنع الاندراج واما في الجامع
فهو القياس ليثبت حكم الجامع في محل ثبوته فلا بد من تعيينه ليعلم ثبوته في الفرع اذ قياس الشبه الطردي باطل ولا يعلم ما هو الا ان يعينه عدم
القدرة على تسليم شيء اذ لا قدرة على تسليم العدم بوجوه تمنع كلية الكبرى لان عدم القدرة يخص ما ليس بمال كالمجهول فاحتشاوا ان عينه فوات
الخطر الذي وجب لاجله المهر على ما قررتم قلنا يجب ما تحقق به ولم يتعين مهر المثل لتحققه بالعشرة فالزائد بلا موجب واما افساد المص لقول الاعتبر
لعدم التسمية الخ فيعني لا نسلم ان كلا لا يصلح مهرا يكون كعدم التسمية في ايجاب مهر المثل لان عدمها يصار الى ان يكون لرضاها بغير مهر
فانه قد يكون لطلبها مهر المثل لمعرفته انه حكمه ورضاها بلا مهر لا يستلزم رضاها بالعشرة فما دونها لانها قد ترضى لبعد منه تكرما على الزوج ولا ترضى
بالعوض اليسير ترفعا فبعيد عن المبنى ولو قيل عدم التسمية ظاهر في القصد الى ثبوت حكمه من وجوب مهر المثل وليس الثابت في المتنازع
فيه ظهور ذلك والا لتركوا التسمية راسا لان زيادة التسمية ح تكلف امر مستغنى عنه في المقصود وهو قصد مهر المثل مع انه مختلف في كون
حكم تسمية ما دون العشرة وجوب مهر المثل بل الظاهر انها رضيت بالعشرة لما صرحت بالرضا بما دونها فلا يثبت حكم الاصل فيه والا لكان
اقرب مع انه لم يعين المبنى ثم فرع على الخلاف فقال ولو طلقها قبل الدخول اي في صورة تسمية ما دون العشرة ولها خمسة عند علمائنا الثلاثة
لان موجب هذه التسمية عشرة وعند المتعة وفي المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة فلها الثوب وخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول
فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا او موزونا لان تقدير المهر اذ اعتباره
عند العقد وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه في الثوب تعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يوم العقد لان المكيل والموزون يثبت
في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلا تعتبر قيمته وقت القبض انتهى وعلم مما ذكر ان المراد ثوب لا يتعين
اما لو كان بعينه فانها تملكه بنفس العقد كما سيعلم قوله فلها المسمى ان دخل بها الخ هذا اذا لم تكن الدراهم المسماة فان كان تزوجها على الدراهم

وبه يتأكد البدل وبالموت يتم النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها
قبل الدخول والخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة
متعارضة وفيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها سالما فكان
المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه ان شاء الله

التي هي نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فلها على الزوج قيمتها يوم كسدت على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما سيعرف **قوله** وبه يتأكد البدل اي يتأكد لزومه فانه كان قبل لازما لكن على شرف السقوط بارتداد ها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة **قوله** والشيء بانتهائه يتقرر لان انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن الزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل ان موتها ايضا كذلك فالاقتصار على موته اتفاق والاختلاف للاربعة في هذا سواء كانت حرة او امة **قوله** وان طلقها قبل الدخول والخلوة اي بعد ما سمى فلها نصف المهر ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المرأة في النصف الا بقضاء او رضاء لان الطلاق قبل الدخول اوجب فساد سبب ملكها في النصف وفساد السبب في الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فاولى ان لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو اعتق الزوج الجارية المهر بعد الطلاق قبل الدخول وهي مقبوضة للمرأة نفذ عتقه في نصفها عنده وعندنا لا ينفذ في شيء منها ولو قضاء القاضي بعد عتقه بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد اذا اعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذي كان قبل الرد ولو اعتقها المرأة بعد الطلاق نفذ في الكل وكذا ان باعت او وهبت لبقاء ملكها في الكل قبل القضاء والتراضي عندنا واذا نفذ تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقر كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول لكن تزوج بكر قد فقدها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يجب الا نصف المهر عند ابي حنيفة رح وعند محمد ره كماله واختلف الرواية عن ابي يوسف فقيل هو مع محمد وقيل مع ابي حنيفة **قوله** والاقيسة فيه متعارضة جواب عن سؤال مقدر هو ان الآية وهي قوله تعالى فنصف ما فرضتم عام في المفروض اعلى حكم التنصيف وقد خص منه ما اذا كان المفروض نحو الخمر وما اذا سمى بعد العقد الخالي عن التسمية فانه لا ينصف بالطلاق قبل الدخول فجاز ان يعارضه القياس ان وجد وقد وجد وهو انه في طلاقه قبل الدخول تفويت الملك على نفسه باختياره فكان كاعتاق المشتري العبد المبيع واتلاف المبيع ومقتضاه وجوب تمام المسمى او يقال هو رجوع المبدل اليها سالما فكان كما اذا تقايلا قبل القبض في البيع يسقط كل الثمن فقال الاقيسة متعارضة فان مقتضى الاول وجوب المسمى بتمامه كما ذكرنا ومقتضى الثاني لا يجب لها شيء اصلا فتساقطا فبقي النص على ما كان عليه فكان المرجع اليه وعلى هذا يسقط ما اورد من ان مقتضى العبارة ان المصير الى النص بعد تعارض القياسين لكن الحكم على عكسه لان ذلك في نص لا يعارضه القياس ومن ان القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل المجتهد بشهادة قلبه في احدهما لان ذلك فيما اذا لم يكن عموم نص يرجع اليه لكن تقرير السؤال على الوجه المذكور لا يتوجه لان تمام معنى الآية هو انتصاف المسمى بالطلاق قبل الدخول قال الله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم فتوجيه السؤال بان النص قد خص وقياس الطلاق قبل الدخول على اتلاف المبيع ونحو ذلك يوجب ان لا يجب شيء باطل لانه ح نسخ لتمام موجب النص لا تخصيص اذ لم يبق تحت النص على ذلك التقدير شيء وليس نسخ العام المخصوص بالقياس بل يخص به فلا يتوجه ليعارض باخر يخصه من الاخراج وتقريره لا على انه جواب سؤال يرد عليه ما ذكرنا انه يسقط على ذلك التقدير فلم يكن جائزا في الاستدلال سوى التعرض للنص الا ان يكون قصد ذكر الواقع في نفس الامر **قوله** وشرط يعني القدوري رح في لزوم نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ان يكون قبل

قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها او لها مهر مثلها ثم دخل بها او مات عنها
وقال الشافعي رح لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول لان المهر خالص حقها
فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا حق الشرع على ما مر
وانما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها قبل الدخول لها
المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الاية فهذه المتعة واجبة رجوعا الى الامر

الحادثة لانها لا تدخل تحت نافي تاكد تمام المهر بها قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الخ الحاصل ان وجوب مهر المثل حكم كل نكاح لا مهر فيه عندنا
سواء كان مع الشرط الفاسد او مع شرط الفساد وهي في العقد وشرط رد بمثله من جنسه وصورته هذا تزوجها على الف على ان تزوجه اياها مهر مثلها
بمنزلة عدم التسمية لان الالف مقابلة بمثلها فبقي النكاح بلا تسمية بخلاف ما لو تزوجها على الف على ان تزوجه مائة دينار جاز وتقسم الالف
على مائة دينار ومهر مثلها فاذا اصاب المائة يكون مهرا مسمى وما يخص مهر المثل يكون مهرا فان طلقها قبل الدخول رجعت بنصف
ذلك على الزوج ان كانت قبضت الالف لان المقابلة هنا بخلاف الجنس وعند اختلاف الجنس يكون المقابلة باعتبار القيمة ولو تفرقا قبل التقابض
بطل حصة المائة من الدراهم وفي هذه الوجوه ان كانت حصة مهر المثل من الالف اقل من عشرة يكمل العشرة ومن صور وجوبه ان يتزوجها على حكمها او حكم
او حكم آخر لانه في الجهالة فوق جهالة مهر المثل الا ان في الاضافة الى نفسه ان حكم لها بقدر مهر المثل او اكثر صح او دونه فلا الا ان ترضى واليها
ان حكمت بمهر مثلها او اقل جاز او اكثر فلا الا ان يرضى والى الاجنبي ان حكم بمهر المثل جاز لا بما اقل الا ان ترضى ولا بما اكثر الا ان يرضى وكذا اذا تزوجها على
ما في بطن جاريته او اعتاقه لا يصح بخلاف خلعها على ما في بطن جاريتها ونحوه يصح لان ما في البطن بعرضية ان يصير مالا بالانفصال وان لم يكن مالا في الحال
والعوض في الخلع يحتمل الاضافة كالخلع بخلاف النكاح لا يحتملها فلا يحتملها بدله ومثله ما يخرجه نخله وما يكتسبه غلامه قوله او مات عنها وكذا اذا مات هي يجب
ايضا مهر المثل لورثتها قوله وقال الشافعي رح يعني في قول عنه لا يجب في الموت شيء للمفوضة وهو قول مالك رح في صورة نفي المهر وقوله الآخر كقولنا
قوله واكثرهم اي اكثر اصحابه قوله لان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء اي بعد التسمية ولا يخفى ان هذا الاستدلال
يقتضي نفي وجوبه مطلقا قبل الدخول وبعده وهو خلاف ما نقله عن الاكثر ولان عمر وابنه وعليا وزيدا رضوان الله عليهم قالوا في المفوضة حبها الميراث
ولنا ان سائلا سأل عبد الله بن مسعود رض عنها في صورة موت الرجل فقال بعد شهر اقول فيه برأيي فان يك صوابا فمن الله ورسوله وان يك خطأ
فمن ابن ام عبد وفي رواية فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريئان ارى لها مهر مثل نسائها ولا وكس ولا شطط فقام رجل يقال له معقل ابن سنان
ابو الجراح حامل راية الاشجعيين فقال نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في امرأة منا يقال لها بروع بنت واشق الاشجعية بمثل قضائك هذا فسر
ابن مسعود رض سرورا لم يسر مثله قط بعد اسلامه وبروع بكسر الباء الموحدة في المشهور ويروى بفتحها هكذا رواه اصحابنا رح وروى الترمذي والنسائي
وابو داود هذا الحديث بلفظ اقصر وهو ان ابن مسعود قال في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق قال لها الصداق كاملا وعليها
العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق بمثل هذا لفظ ابي داود وله روايات اخر بالفاظ قال
البيهقي جميع روايات هذا الحديث واسانيدها صحاح والذي روي من رد على زيد فلمذهب تفرد به وهو تجاسر الراوي الا ابا بكر الصديق رض ولم يرد الرجل
لحلفه لكنه لم يصح عنه ذلك وممن انكر ثبوتها عنه الحافظ المنذري قوله ولنا ان المهر وجب حقا للشرع اي وجوبه ابتداء حق الشرع لما قدمناه آنفا
يصير حقها في حالة البقاء اي بعد وجوبه على الزوج ابتداء بالشرع يثبت لها شرعا حق اخذه فتتمكن رح من الابراء المصادفة حقها دون نفيه ابتداء لحق الشرع ان يجب
قوله ثم هذه المتعة اي متعة المطلقة قبل الدخول التي لم يفرض لها مهر في العقد واجبة عندنا وعند الشافعي واحمد رح وخصها احترازا
عن غيرها من النساء فان المتعة لغيرها مستحبة الا لمن سنذكره وقوله رجوعا الى الامر هو قوله تعالى ومتعوهن عقيب قوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء
ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة اي ولم تفرضوا لهن فريضة فانصرف الى المطلقات قبل الفرض والمسيس بخلاف المدخول بها فان المتعة

فيه خلاف مالك رح والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رض
قوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي رح في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص
هو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك في الاصل
ان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول
فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف رح الاول نصف هذا المفروض وهو قول الشافعي رح لانه مفروض
بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فلذا ما نزل منزلته والمراد بما
الفرض في العقد اذ هو الفرض المتعارف **قال** فان زادها في المهر بعد العقد

تجب لها فرض لها او لا **قوله** وفيه خلاف مالك مذهبه استحباب المتعة في هذه الصورة وغيرها من الصور الا المطلقة قبل الدخول بعد الفرض
ان تجب الفرقة من جهتها في جميع الصور ووجه قوله تعليقه بالمحسن اعني الامر المذكور لقوله سبحانه حقا على المحسنين وهم المتطوعون فيكون ذلك
قرينة صرف الامر المذكور الى الندب والجواب منع قصر المحسنين على المتطوع بل هو اعم منه ومن القائم بالواجبات ايضا فلا ينافي الوجوب فلا يكون صارفا
الامر عن الوجوب مع انضم اليه من لفظ حقا وعلى قوله والمتعة ثلثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة قدرها لانها اللبس الوسط لانها
تصلى وتخرج فالبا فيها وفي المبسوط كسوة المتعة درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس رض ومن بعدهم سعيد بن المسيب والحسن وعطاء
والشعبي وحيث قدروه مع فهم اللغة يعرف منه ان لفظ متعة لا يقال في اعطاء الدراهم بل فيما سواها من الاثاث والامتعة وهو المتبادر الى الفهم
ايضا فلا يقدر بالدراهم وان لم يمتنع ان يقع على الدراهم ايضا لان اثاث في المتبادر من اللفظ وعن الشافعي رح تقديرها بثلاثين درهما باجتهاد الحاكم وانما
يجتهد ليعرف حال من يعتبر بحاله من الزوجين او حالها لان الاثواب معتبرة بحالها على ما هو الاشبه بالفقه لان في اعتبار حاله تسوية بين الشريفة والخسيسة
وهو منكر بين الناس وقيل يعتبر حالها وهو الذي يشير اليه قول القدوري من كسوة مثلها وهو قول الكرخي لقيام هذه المتعة مقام مهر المثل فانها انما
تجب عند سقوطه وفيه يعتبر حالها فكذا في خلفه وهكذا في النفقة والكسوة فان كانت من السفل فمن الكرباس وان كانت وسطا فمن القزوان كانت
مرتفعة الحال فمن الابريسم واطلاق الذخيرة كونها وسطا لا لغاية الجودة ولا لغاية الرداءة لا يوافق رايا من الثلاثة الا اعتبار حالها او حالها
وقيل يعتبر حاله وهو اختيار المص وصححه عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقد يقال ان هذا ينافي قولهم ان المتعة لا تزاد
على نصف مهر المثل لانها خلفه فان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز وان كان نصف مهر المثل اقل من المتعة فالواجب الاقل
الا ان تنقص عن خمسة فيكمل الخمسة وهذا الكلام نص الاصل والمبسوط وهو صريح في اعتبار حالها وهذا لان مهر المثل هو العوض الاصلي لكنه تعذر تنصيفه
بجهالته فيصير اي المتعة خلفا عنه فلا يجوز الزيادة على نصف المهر ولا تنقص عن الخمسة لان اقل المهر عشرة ومنع الشافعي اعتبار المتعة بمهر المثل لانه يستقر بالطلاق
قبل الدخول فلا معنى لاعتباره بعد ذلك اجيب بان النكاح الذي فيه التسمية في المال اقوى من نكاح لا تسمية فيه وفي الاقوى لا يجب بالطلاق
قبل الدخول اكثر من نصف ما كان واجبا قبله فكذا في النكاح الذي لا تسمية فيه وكان الواجب قبل الدخول مهر المثل لا يزيد بالطلاق قبل الدخول
على نصفه ثم لا تجب المتعة الا اذا كانت الفرقة من جهته كالفرقة بالطلاق والايلاء واللعان والجب والعنة وردته وابائه وتقبيله امها وابنتها
بشهوة وان جاءت من جهتها فلا تجب كردتها وابائها وتقبيلها ابنه بشهوة والرضاع وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وكما لا تجب المتعة
بسبب مجيء الفرقة من قبلها لا تستحب لها ايضا لمجيئها ومقتضى هذا ان لا تستحب في خيار بالغ ينبغي ان يقال بمجيئها او رضاها به واستحباب المتعة لايجابها بالطلاق
وكذا لو فسخه بخيار البلوغ او اشترى هو او وكيله منكوحته وباعها المولى من رجل ثم اشتراها منه الزوج تجب المتعة وكل موضع لا تجب فيه المتعة عند عدم
التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها وفي كل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى او مهر المثل ان لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط
نصفه وقيل كله ثم يجب النصف بطريق المتعة **قوله** وعلى قول ابي يوسف الاول اشارة الى ان قوله الاخر كقولهما **قوله** فلها نصف بالنص يعني قوله تعالى
وان طلقتم فانه يتناول ما فرض في العقد او بعده وتراضيهما او بفرض القاضي فان لها ان ترفعه الى القاضي ليفرض لها اذا لم يكن فرض لها في العقد **قوله**
ان هذا تعيين لمهر المثل وذلك لان هذا العقد عين العقد موجبا لمهر المثل لان ذلك حكم العقد الذي لم يسم فيه مهر او ثبوت الملزوم لا يتخلف عنه

نصف المسمى

لزمته الزيادة خلافا لزفر رح وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول وعلى قول ابي يوسف رح لا تتنصف مع الاصل لان النصف عندهما يختص

بثبوت اللازم فاذا كان الثابت بلزوم مهر المثل يتنصف اجماعا فلا يتنصف ما فرض بعد العقد والفرض المنصف في النص اعني قوله تعالى فنصف ما فرضتم يجب حمله على المفروض في العقد بالضرورة لانا لما بينا ان المفروض بعد عقد لا تسمية فيه هو نفس خصوص مهر مثل تلك المرأة وان الاجماع على عدم انتفائه لزم بالضرورة ان المتنصف بالنص ما فرض بالعقد على ان المتعارف هو الفرض في العقد حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق انه اوجبه في العقد فيقيد كذلك نصف ما فرضتم ضرورة ان المخبر عنه بفرضتم هو الفرض الواقع في العقد وهذا من المتم تقييد للمعرف العلمي بعد ما منع منه في الفصل السابق حيث قال او هو عرف علمي ولا يصلح مقيد اللفظ وقد منا ان الحق التقييد به وفي الغاية والدراية لا يتناول غيره اي غير المفروض في العقد اذ المطلق لا عموم له وليس بشيء لان المطلق المتعرض لجزء الذات يتناول المفروض على اي صفة كانت سواء كان في العقد او بعده بتراضيهما او بفرض القاضي عليه لو رافعته يفرض لها فالصواب ما ذكرنا من ان المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وان الفرض تعيين كمية ليكن دفعه وهو لا يتنصف اجماعا فتعين كون المراد به في النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ولان غيره غير متبادر لندرة وجوده فرع لو عقد بعد التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد ولا شفعة فيها لا شفيع لما قلنا ان المفروض بعده تقدير مهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها ان ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان مسمى في العقد ثم ما هبه الدار فان فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل الدخول بها فالدار لها وترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق قوله لزمته الزيادة خلافا لزفر والشافعي رح لانها لو صحت بعد العقد لزم كون الشيء بدل ملكه قلنا اللزوم متنف على تقدير الالتحاق باصل العقد وينتقض بالعوض عن الهبة بعد عقدها والدليل على الصحة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة فانه يتناول ما تراضيا على الحاقه واسقاطه ومن فروع الزيادة ما لو راجع المطلقة الرجعية على الف فان قبلت لزمت والا فلا لان هذه زيادة وقبولها شرط في اللزوم ونناسب هذه مسئلة التراضع لما فيها من تعدد التسمية لو تواضعا في السر على مهر وعقدا في العلانية باكثر منه ان اتفقا على ان العلانية هزل فالمهر مهر السر وان اختلفا فادعى الزوج المواضعة وانكرت فالقول لها بذا ان اتحد الجنس فان اختلفا فانه يعقد بمهر المثل ولو عقدا في السر بالف واظهرا الفين فكذلك ان اتفقا على المواضعة فالمهر ما في السر واختلفا فالقول للمرأة في دعوى الجد فيلزمه مهر العلانية الا ان يكون اشهد عليها او على وليها الذي زوجها منه انه مهر السر واقام البينة بذلك فيثبت ما ادعاه ولو عقدا في السر بالف ثم عقدا في العلانية بالفين واشهدا ان العلانية بسمعة فالسر وان لم يشهدا قال لعبد رشيد عند ابي حنيفة رح المهر مهر السر وعند محمد مهر العلانية وذكر القاضي الامام ابو يوسف مكان محمد وجعل محمدا مع ابي حنيفة قال لو تزوج امرأة بالف ثم جدد بالفي درهم اختلفوا فيه كتب خواهر زاده ان على قول ابي حنيفة ومحمد لا تلزم الالف الثانية وعلى قول ابي يوسف يلزمه الالف الثانية وذكر في المحيط قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وفي شرح الطحاوي تزوجها على الف ثم الفين لا يثبت الثاني فلا فالابي يوسف وعلى عدم الثبوت بانهما قصدا اثبات الزيادة في ضمن العقد ولم يثبت العقد فكذا الزيادة فاتفقت هذه النقول على ان قول ابي حنيفة عدم الثاني وعلى عكس هذا حكى الخلاف في الكافي الشيخ حافظ الدين قال تزوجها على مهر في السر بشهادة شاهدين على الف ثم تزوجها في العلانية بالفين فمهرها الفا درهم ويكون هذا زيادة في المهر عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف المهر هو الاول وهذا هو ظاهر المنصوص في الاصل وعليه مشى شمس الائمة ان عند ابي حنيفة رح المهر مهر العلانية قال في المبسوط اذا تعاقدا في السر بالف واشهدا انهما يجددان العقد بالفين بسمعة فالمهر هو الاول لان العقد الثاني بعد الاول لغو وبالاشهاد علنا

بالمفروض في العقد وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح الحط لان المهر حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رح لها نصف المهر

انما قصدا الهزل بما سميا به فيه وان لم يشهدا على ذلك فالذي اشار اليه في الكتاب المهر مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر قالوا هذا عند ابي حنيفة فاما عند ابي يوسف ومحمد رح المهر هو الاول لان العقد الثاني لغو فما ذكر فيه يعتبر من الزيادة يلغو وعن عند ابي حنيفة رح ان العقد الثاني ان كان اللغو انما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبرا بمنزلة من قال لعبده وهو اكبر سنا منه هذا ابني لما لغى صريح كلامه عند جاء العتق العبد وعنده وان لغى صريح كلامه في حكم النسب يبقى معتبرا في حق العتق انتهى كلام شمس الائمة وبآخره يخرج الجواب عن المذكور في شرح الطحاوي من تعليل عدم اعتبار الثاني قوله اشار في الكتاب الى ان المهر مهر العلانية هو والله اعلم اطلاق اعتبار العلانية في الاصل فان عبارته فيه اذا تزوجها على مهر في السر وسمع في العلانية باكثر منه يوخذ العلانية فالتسمية في العلانية يشمل ما اذا شهدا على ان العلانية هزل غير مقصود واذا لم يشهدا على ذلك وما اذا كان التسمية ليس في ضمن عقد بل مجرد اظهار على ما هو عكس اول صور المواضعة وبنيا عليه او في ضمنه فما اخرجه الدليل خرج ويبقى الباقي ولا اختلاف في اعتبار الاول اذا شهدا على هزلية الثاني واعتبرناه مطلقا فيبقى ما لم يشهدا فيه ولم يعتبرناه جاء هو في ضمن عقد ثان مرادا قطعا وظاهر هذا انه لا خلاف فيه بينهم ولذا والله سبحانه اعلم ذكر عصام ان عليه الفتوى ولم يذكر خلافا وان ذكر في المحيط عنه انه ذكر في كتاب الاقرار انه لا يثبت الزيادة فاما حكى المشايخ الخلاف يجب كون المذكور قول ابي حنيفة البتة لان وضع الاصل لافادة قوله وكان القاضي الامام قاضي خان انما افتى بانه لا يجب بالعقد الثاني شيء الا اذا عني به الزيادة في المهر لما علم انه علة اعتبار العلانية فيما اذا جدا ولم يشهدا كونه زيادة لكن الاوجه الاطلاق فان ذلك يقتضي ان يسال الزوجان عن مرادهما قبل الحكم وقد ينكر الزوج القصد ويفتح باب الخصومة من غير حاجة الى ذلك لانه اذا كان الثابت شرعا جواز الزيادة في المهر والكلام الثاني يعطيه صادرا من مميز عاقل وجب الحكم بمقتضاه بل يجب انه لو ادعى الهزل به لا يقبل ما لم تقم بينة على اتفاقهما على ذلك فتم ويخال ايضا انه يجب الالفان مع الالف السر فتجتمع عليه ثلاثة آلاف لان الاول قد ثبت وجوبه ثبوتا لا مرد له والمفروض كون الثاني زيادة فيجب بكماله مع الاول ومن ثم ذكر في الدراية عن شرح الاسبيجابي جد وعلى الف ثبت التسميتان عند ابي حنيفة وعندهما لا يثبت الثانية وكذا لو راجع المطلقة بالف وفي النوازل عن الفقيه ابي الليث رح اذا جدا يجب كلا المهرين ووجه من نقل لزوم الثاني فقط اعتبار ارادة الاول فضمن الكلام الثاني لان الظاهر كون المقصود تغيير الاول الى الثاني والذي يظهر من الجمع بين كلام القاضي والاطلاق المتبادر عليه كون المراد بكلام الجمهور لزومه اذا لم يشهدا من حيث الحكم ومراد القاضي لزومه عند الله في نفس الامر ولا شك انما يلزم عند الله تعالى اذا قصد الزيادة فاما اذا لم يقصدا حتى كانا هازلين في نفس الامر فلا يلزم عند الله شيء حتى لا يطالب به في الفتيا ويلزم ذلك في حكم القاضي لانه يواخذه بظاهر لفظه الا ان يشهدا على خلافه وما قيل انه لا يجب المهر الثاني الا اذا كانت قالت لا ارضى بالمهر الاول او ابرأته ثم قالت لا اقيم معك بدون مهر فاما اذا لم يكن هذا البساط فلا يجب الثاني قريب من قول القاضي وحاصله اعتبار قرينة ارادة الزيادة واختلافهم فيما اذا كان التجديد بعد هبتها المهر الاول انه هل وجوب الثاني على الخلاف او ان الاتفاق على عدم موجب غيره بعيد اذ قد يخال كون الزيادة يستدعي قيام المزيد عليه وبالهبة انتفى قياسه فلا تحقق كون الثاني زيادة وهو المحقق لوجوبه وقد يقال انما يستدعي دخوله في الوجود لا بقاءه الى وقت الزيادة فصلح منشاء للخلاف في ثبوته على الخلاف او عدم ثبوته بالاتفاق وفي الفتاوى امرأة وهبت مهرها من زوجها اشهدا ان لها عليه كذا من مهرها تكلموا فيه والمختار عند الفقيه ابي الليث ان اقراره جائز اذا قبلت ووجهه في التجنيس بوجوب تصحيح التصرف ما امكن وقد امكن بان يجعل كانه زادها

لان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل وبعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور

في المهر وانما شرطنا القبول لان الزيادة في المهر لا تصح الا بقبول المرأة انتهى والخلاف المشار اليه بقوله والمختار فرع الخلاف الذي قبله لانه في صورة يتهما المهر والقيد وهو قبول المرأة صحيح لا يخالف المنقول عن ابي حنيفة وذلك لان المنقول هو ما اذا جددا وعقدا ثانيا باكثر مما يفيد اجتماعهما على الامر الثاني وذلك يفيد قولهما الثاني بلا شبهة بخلاف هذه الصورة فان المذكور فيها ان الزوج اقر او شهد ونحوه وهو لا يستلزم ذلك قوله لان المعقود عليه وهو منافع بضعها انما يصير مستوفى بالوطي ولا يجب كمال البدل قبل الاستيفاء ولا يجب كمال المهر قبله قوله ولنا انها سلمت المبدل الخ يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم قوله اعتبارا بالبيع والاجارة يعني ان الموجب للبدل تسليم المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والاجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم اليه وان لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة اصلا فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل اولى واما قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فالمجاز فيها متحتم لانه انما حمل المس على الوطي كما يقول نحو من اطلاق اسم السبب على المسبب والاوجه انه من اطلاق اسم المطلق على اخص بخصوصه وان حمل على الخلوة كما نقول فمن المسبب على السبب اذ المس مسبب عن الخلوة عادة وكل منهما ممكن وترجح الثاني بموافقة القياس المذكور والحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة او نظر اليها وجب الصداق دخل بها او لم يدخل رواه الدارقطني والشيخ ابو بكر الرازي في احكامه وقد يقال يجب ان لا يعتبر هنا خلاف الاول مجازا لا مجاز يوم الحقيقة والخلوة لا تصدق على الجماع فلا يكون المس مجازا فيها والا لزم انه لو طلقها وقد وطئها بحضرة الناس وجب نصف المهر لانه طلقها قبل الخلوة والفرض انها المراد بالمس في النص وهو باطل فلا يحمل على الخلوة ويجاب بان ثبوت الكمال في الصورة بالاجماع لا اجماع على انه تسليم المبدل مع ادعاء الاجماع على وجوب كماله بالخلوة كما نقله الشيخ ابو بكر الرازي في احكامه حيث قال هو اتفاق الصدر الاول وحكى الطحاوي فيه اجماع الصحابة وقال ابن المنذر هو قول عمر رض وعلي وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وجابر ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم اجمعين ويوافقه قوله تعالى وكيف تأخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض اوجب جميع المهر بالافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول في الفضاء قاله الفراء وح فيكون وجوب نصفه بالطلاق قبل الخلوة الذي هو معنى النص مخصوصا اخرج منه الصورة التي اوردناها والدليل على وجوب المخصص الاجماع المذكور ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنا بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزويج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة قوله وان كان احدهما مريضا شروع في بيان موانع صحة الخلوة وعبارة شرح الطحاوي فيه جامعة قال الخلوة الصحيحة ان يخلو بها في مكان يأمن اطلاع الناس عليها كدار وبيت دون الصحراء والطريق الاعظم والسطح الذي ليس على جوانبه ستر وكذا اذا كان الستر رقيقا او قصيرا بحيث لو قام انسان يطلع عليها وان لا يكون مانع من الوطي حسا ولا طبعا ولا شرعا انتهى ومن فضل الموانع ذكر منها الرتق والقرن والعفل وان تكون شعراء صغيرة لا تطيق الجماع او هو صغير لا يقدر عليه قال بعضهم يشتهي ويتحرك آلته ينبغي ان يجب كمال المهر واذا كان معها ثالث استوى منعه لصحة الخلوة بين ان يكون بصيرا او اعمى يقظان او نائما يانعا او صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ ويتنام فان كان صغيرا لا يعقل او مجنونا او مغمى عليه لا يمنع وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وزوجته الاخرى مانعة اليه رجع محمد ره والجواري لا تمنع في جوامع الفقه جارية تمنع بخلاف جارية وفي شرح المجمع في امته روايتان والكلب العقور مانع وغير العقور ان كان لها منع اولا لا يمنع وعندي ان كلبه لا يمنع وان كان عقورا لان الكلب قط لا يعتدي

وهذا التفصيل في فرضها وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع صوما وشرعا وان كان حدهما صائما تطوعا فلها الخيار كله لانه يباح له الافطار من غير عذر وفي رواية المنتقى وهذا القول في الحرم هو الصحيح وصوم القضاء والنذور كالتطوع في رواية لانه لا كفارة فيه والصلوة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها قال مالك والشافعي رحمه الله لا عليه نصف المهر لانه عجز من الرضى بخلاف العنين لان الحكم دير على سلامة الآلة ولابي حنيفة ان المستحق عليها التسليم وقد استحق فاستقرت **قال** وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة **قال** وتستحب المتعة لكل مطلقة الا مطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا

على سيده فلا يخلى من يمنعه سيده عنه ولو سافر بها فعدل عن الجادة بها الى مكان خال فهي صحيحة ولا تصح الخلوة في المسجد والحمام وقال شمس الائمة ان كانت ظلمة شديدة صحت لانها كالستر على قياس قوله تصح على سطح لا ستر له اذا كانت ظلمة شديدة والاوجه ان لا تصح لان المانع الاحساس ولا يختص بالبصر الا ترى الى الامتناع لوجود الاعمى ولا ابصار للاحساس ولا تصح في بستان ليس له باب وتصح في محل عليه قبة مضروبة وهو يقدر على وطئها وان كان نهارا والمجلة والقبة كذلك ولو كانا في مخزن من خان ليسكنه الناس فمر الباب ولم يغلق والناس قعود في وسطه غير مترصدين لنظرهما صحت وان كانوا مترصدين لا تصح وهذه الموانع من قبيل الحسي ولو دخلت عليه فلم يعرفها ثم خرجت او دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح عند ابي الليث وتصح عند الفقيه ابي بكر وكذا لو كانت نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه فهي تصح فرعان الاول لو قال ان خلوت بك فانت طالق فخلا بها طلقت ويجب نصف المهر المسمى للزوج ان يدخل بزوجته اذا كانت تطيق الجماع من غير تقدير وقد قدر بالسبوع وبالتسع واعلم ان اصحابنا اقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء في حق بعض الاحكام كتأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى في مدة العدة ورجعات وقت طلاقها ولم يقيموها مقامه في الاحصان وحلها للاول والرجعة والميراث وحرمة البنات يعني اذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا واذا خلا بامرأة ثم طلقها لا تحرم بناتها ولا يرث منها لو ماتت في العدة للاحتياط الواجب في هذه الاحكام وفي شرح الشافي ذكر ترجيح الثبوت على عكس هذا ففيه خلاف واما في حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاشبه وقوعه لان الاحكام لما استثنت في هذا الباب وجب ان يقع احتياطا **قوله** وهذا التفصيل في مرضها قال الصدر الشهيد هو الصحيح **قوله** وهذا القول اي رواية المنتقى في حق كمال المهر هو الصحيح دفعا للضرر عنها اما في حق جواز الافطار فالصحيح غيرها وهو انه لا يباح الا بعذر وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثا ان رواية المنتقى في جواز الافطار بلا عذر ثم وجوب القضاء اقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المص هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن ابي حنيفة انه يمنع لانه يمنع الجماع ويجعله احالما فيه من ابطال الحل **قوله** او دير على سلامة الآلة يعني ان خلوة الخصي صحيحة وهو كذلك بالاتفاق **قوله** والعدة واجبة في جميع هذه المسائل اي عند صحة الخلوة وفسادها بالموانع المذكورة احتياطا لتوهم الشغل فيظهر التمكن الحقيقي وكذا في المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ولذا يثبت نسب الولد منه عند ابي سليمان وذكر التمرتاشي ان علم انه ينزل يثبت وان علم بخلافه فالاولى بها العدة والاول احسن وعلم القاضي بانه ينزل او لا رجاء يتعذر او يتعسر قال التمرتاشي تكلم مشايخنا في العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا وحقيقة فقيل لو تزوجت وهي حبلى تنقضي بعدم الدخول حل لها ديانة لانقضاء وقوله والعدة حق الشرع ولذا لا تسقط لو اسقطاها ولو له تحلل لها التزوج ولو اذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد والولد وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يسقي ماءه زرع غيره فلا يصدقان في ابطالها باتفاقهما على عدم الوطء بخلاف المهر لانه مال فلا يحتاط في ايجابه غير ان في وجه الاستدلال بالحديث على انها حق الولد تأملا **قوله** وذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة وكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل وما قاله قال التمرتاشي وقاضيخان ويؤيده ما ذكر العتابي الا ان الاوجه على هذا ان يخص الصغيرة بغير القادر والمرض بالمزمن لثبوت التمكن حقيقة في غيرهما واعلم ان المراد بوجوب العدة بالخلوة انما هو في النكاح الصحيح اما النكاح الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول **قوله** وتستحب المتعة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول وقد سمى لها مهرا في كل من الصدر والاستثناء اشكال اما الاول فان المطلقة قبل الدخول التي لم يسم لها مهرا واختلفت

وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة
نقصت عن طريقة المتعة لان الطلاق منه في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة لانه
سقط مهر المثل ووجبت المتعة والمقدر يجب العوض فكان خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا يجتمع وجوب شيء من المهر
وهو غير جابر في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا تزوج الرجل بنته على ان يزوجه
المتزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان ولكل واحدة منهما
مهر مثلها وقال الشافعي رح يبطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك
في هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق

في عموم المتعة واجبة لها واما الثاني فالمطلقة قبل الدخول المفروض لها ذكر في المبسوط والمحيط والمختلف والمصران المتعة تستحب لها وهو حسن عن
الاول ان الاستحباب مستعمل في اعم من الوجوب يعني انه بالمعنى اللغوي او هو عام مخصوص بالصور السابقة وقرينة التخصيص هو تقدم ذكرها وكذا
قال وتستحب لكل مطلقة غير تلك وعن الشافعي انه قول القدوري تبعه فيه وفي بعض مشكلات القدوري المتعة اربعة اقسام واجبة وهي ما تقدم و
مستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي
طلقها قبل الدخول وقد سمى لها لان نصف المهر ثابت لها فيقوم مقام المتعة وقيل الصحيح ان هذا تغيير اوقع من الكاتب فذكر بعضهم ان في بعض النسخ ولم
يسم لها مهرا ونقل في الدراية ضبطه كذلك عن غير واحد قوله وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه وعن احمد رواية كقوله ورواية كقولنا وتقدم
تفصيل مالك وجه قول الشافعي انها في المطلقة قبل الدخول والتسمية واجبة اتفاقا بالنص واما في المدخول بها فلان وجوب المتعة الواجبة في صورة عدم
التسمية للايحاش بالطلاق وما سلم لها من المهر ليس في مقابلته بل في مقابلة البضع فيجب دفعا للايحاش واما التي لم يدخل بها وقد سمى لها فوجوب نصف المهر
لها الثابت بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة نصف ما فرضتم بطريق المتعة اي بطريق ايجاب المتعة في غيرها
وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة اخرى والا تكررت وقوله فسخ مجاز لانه وقع طلاقا حتى انتقص به عدد الطلاق لكنه
كالفسخ من جهة انه كالحالة السابقة على النكاح بسبب العقد وعليه سالما اليها فلا يلزم كون ما ذكره على قول من قال يسقط كل المهر بهذا الطلاق لانه فسخ
ثم يجب بطريق المتعة مخالفا لقول المحققين انه يبقى نصف المهر ويسقط نصفه بالنص وله ايضا قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على
المتقين خص منها تلك المطلقة بنص نصف ما فرضتم جعله تمام حكمها وبه يحمل قوله تعالى اذا نكحتم المؤمنات الى قوله فمتعوهن على غير المفروض لها لقطعية
ان نصف مهرها بطريق المتعة قوله ولنا ان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة بكسر الواو ووقع به السماع لانها مفوضة نفسها لوليها وللزوج وتجوز
فتحها اي فوضها وليها للزوج وهي التي زوجت بلا مهر مسمى وحاصله منع كون علة الوجوب في الاصل وهي المفوضة الايحاش وابطل مناسبته للعلية
آخر بقوله وهو غير جابر في الايحاش لانه باذن الشرع بل الوجوب فيها تعويض عما كان واجبا لها من نصف مهر المثل لانه اقرب الى فهم من علم انه تعالى
اسقطها كان واجبا لها ثم اوجب لها شيئا آخر مكانه وعلم ان لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصلي والفاجرة ولا سقوط في المدخول بها مطلقا
فلا تجب لها لانتفاء العلة المساوية ولا نسلم ان ما سلم للمدخول بها في مقابلة البضع بل بقبولها العقد على نفسها الملصق به المال في قوله تعالى ان
تبتغوا باموالكم محصنين ولهذا كان لها المطالبة به قبل الدخول غير ان بالدخول يتقرر ما كان على شرف السقوط وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف
حقا على المتقين اما ان اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن لانهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن
او تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن اي راعوا بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها واما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق وانما اثبتنا
الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى استكن واسرحن سراحا جميلا وهن مدخولات قوله واذا تزوج الرجل ابنته على ان يزوجه الزوج ابنته او اخته
ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فلهما صداقا فيه واخاتيه لانه لو لم يقل على ان يكون بضع كل صداق للاخرى او معناه بل قال زوجتك ابنتي على ان
تزوجني ابنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على ان يكون بضع ابنتي صداقا لابنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه ابنته ولم
يجعلها صداقا كان كذلك الشغار صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف ثم حكم هذا العقد عند ما صحة وفساد التسمية فيجب مهر المثل وقال الشافعي رح يبطل العقد بالقبول

وان تزوج حر امرأة على خدمته اياها سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد لها قيمة خدمته وان تزوج عبد امرأة باذن مولاه على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك تتحقق المعاوضة وصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر برضاه وعلى رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذلك المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه لتسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره

والمعقول اما الاول فحديث عمر رفعه اخرجه الستة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح الشغار وهو ان يزوج الرجل ابنته او اخته من الرجل على ان يزوجه ابنته او اخته وليس بينهما صداق والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا وعنه صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في الاسلام والنفي رفع لوجوده في الشرع وعرف منه التعدي الى كل ولي يزوج موليته على ان يزوجه الآخر موليته كسيد الامة يزوج امته على تزويج الآخر موليته كذلك واما الثاني فان كل بضع صداق ومنكوح فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل والاطناب في تقريره مستغنى عنه والجواب عن الاول ان متعلق النهي والنفي مسمى الشغار وماخوذ في مفهومه خلوه عن الصداق وكون البضع صداقا ونحن قائلون بنفي هذه الماهية وما يصدق عليها شرعا فلا يثبت النكاح كذلك بل يبطله فيبقى نكاحا سمي فيه ما لا يصلح مهرا فينعقد موجبا لمهر المثل كالنكاح المسمى فيه خمرا او خنزيرا فما هو متعلق النهي لم نثبته وما اثبتناه لم يتعلق به نهي انتفت العمومات صحة اعني ما يفيد الانعقاد بمهر المثل عند عدم تسمية المهر وتسمية ما لا يصلح مهرا فظهر انا قائلون بموجب المنقول حيث نفينا وعن الثاني تسليم بطلان الاشتراك في هذا الباب ونحن لم نثبته لانه لا اشتراك بدون الاستحقاق وقد ابطلنا كونه صداقا فبطل استحقاق مستحق المهر بضعه فبقي كله منكوحا في عقد شرط فيه شرطا فاسدا ولا يبطل به النكاح بخلاف ما لو زوجت نفسها من رجلين فان بطلان الاشتراك فيه لم يستلزم بطلان النكاح وانما استلزامه عدم موجب التعيين لعدم الاولوية **قوله** وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة فلها مهر مثلها وقال محمد رح في الجامع لها قيمة خدمته سنة ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول ابي يوسف فقال الهندواني ينبغي ان يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع ابي حنيفة وهو الاظهر والاعم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير **قوله** وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين اي وفي حرية الزوج وعبديته **قوله** وكذا المنافع على اصلنا قصر النظر على هذه النكتة يوجب ان لا يصح تسمية شيء من المنافع وملاحظة قوله وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم رقبته وهي مال يقتضي جواز جميع منافع الاعيان ما خلا خدمة الحر وليس كذلك عموم مفهوم قوله ولا كذلك الحر وهذا موافق لما في جامع قاضي خان وشرح الشافي لنجم الدين عمر النسفي وما قال في البدائع لو تزوجها على سائر منافع الاعيان سكنى داره وخدمة عبده وركوب دابته وحمل عليها وزراعة ارضه يعني ان تزرع هي ارضه ونحوها من منافع الاعيان مدة معلومة صحت التسمية لان هذه المنافع اموال او الحقت بالاموال شرعا في سائر العقود لمكان الحاجة والحاجة في النكاح متحققة وامكان الدفع ثابت بتسليم محالها الذي ليس فيه استخدام المرأة زوجها يفيد جواز تسمية خدمة الحر وهو الصحيح وفي الغاية معزيا الى المحيط لو تزوجها على خدمة حر آخر فالصحيح صحته وترجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير الى انه لا يخدمها لانه اجنبي فلا يؤمن الانكشاف عليه مع مخالطته للخدمة واما ان يكون مراده اذا كان بغير امر ذلك الحر ولم يجزه وانت اذا تأملت تعليل محمد رح وجوب قيمة الخدمة بان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم للمناقضة وتعليلها بنفي مالية بعدم استحقاقه في هذا العقد بحال المقيد انه لو استحق تسليمه الحق بالاموال لكن انتفى ذلك لازوم المناقضة لا كما تتوقف في صحة تسمية خدمة حر آخر ثم بعد هذا يجب ان ينظر فان لم يكن بامره ولم يجزه وجب قيمتها وان كان بامره فان كانت خدمة معينة تستدعي مخالطة لا يؤمن معها الانكشاف والفتنة وجب ان تمنع وتعطى هي قيمتها او لا تستدعي ذلك وجب تسليمها وان كانت غير معينة بل تزوجها على منافع ذلك الحر حتى يصير احق بها لانه اجير واحد فان صرفته في الاول فكالاول او في الثاني فكالثاني وقد زال الضرر الريب آخر القول بخلاف خدمة حر آخر فانه لا مناقضة والحاصل ان ما هو مال او منفعة يمكن تسليمها شرعا يجوز التزوج عليها وما لا يجوز كخدمة الحر لا مناقضة وحر آخر في خدمة تستدعي خلوة للفتنة وتعليم القرآن لعدم استحقاق الاجرة على ذلك كالاذان والامامة والحج وعند الشافعي رح يجوز

[illegible]

انه الاجرة على هذه لقبح تسميتها واختلفت الرواية في رعي غنمها وزراعة ارضها للتردد في محضها خدمة وعدمه ولكون الاوجه الصحة لقصة بعد بنات

قصة شعيب وموسى عليهما السلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كان الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف **قوله** بخلاف رعي الاغنام

الخ يعني انه لم يتمحض خدمة لها اذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما اي يقوم كل بمصالح مال الآخر على انه ممنوع في رواية في الذخيرة

بخلاف رعي الغنم والزراعة حيث لا يجوز على رواية الاصل والمبسوط وهو الاصح يعني على ان يزرع لها ارضها ويجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس

من باب الخدمة لما ذكرنا الا يرى ان الابن اذا استاجر اباه للخدمة لا تجوز ولو استاجره للرعي والزراعة صح انتهى **فروع** واذا اعتق امته

وجعل عتقها صداقها كان يقول اعتقتك على ان تزوجيني نفسك لعوض العتق فقبلت صح العتق وهي بالخيار في تزوجه فان تزوجته فلها مهر مثلها

خلافا لابي يوسف له الحديث الصحيح انه صلى الله عليه وسلم تزوج صفية وجعل عتقها صداقها قلنا نص كتاب الله تعالى بين المال فانه بعد عد المحرمات

احل ما وراءهن مقيدا بالابتغاء بالمال قال الله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم محصنين الآية وقول الراوي ذلك كناية عن عدم

المهر يعني اعتقها وتزوجها ولم يكن شيء غير العتق والتزوج بلا مهر جائز للنبي صلى الله عليه وسلم دون غيره وغاية ما فيه ان ما ذكرناه محتمل لفظ الراوي فيجب حمله

عليه دفعا للمعارضة بينه وبين الكتاب وان ثبت ان تزوجه الزمنا بقيمتها ولو كانت الجارية ام ولد فاعتقها على ذلك فابت قال ابو حنيفة رح لا تجب عليها

قيمتها لان رقها غير متقوم عنده ولو قالت لعبدها اعتقتك على ان تتزوجني بالف او على ان تعطيني الفا فقبل عتق فان ابى تزوجها فعليه قيمة نفسه

وان تزوجها بالف قسم الالف على قيمة نفسه وعلى مهر مثلها فما اصاب الرقبة قيمته وما اصاب المهر فمهر ها ينتصف بالطلاق قبل الدخول **قوله** فان تزوجها

على الف وحاصل وجوبها اذا تزوجها على مسمى فاما من الدراهم او الدنانير او المكيل او الموزون غير المعين بخلاف المعين منهما فانه كالعرض واما من العروض

والحيوان معينا او في الذمة ففي الاول ان وهبت الكل او نصفه بعد قبض الكل ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه اتفاقا او قبله لم يرجع بشيء

خلافا لزفر او بعد قبض نصفه لم يرجع بشيء خلافا لهما وقالا يرجع بنصف المقبوض كائنا ما كان من النسبة حتى لو كانت وهبته اقل من النصف

وقبضت الباقي رجع عليها بنصف المقبوض وعنده يرجع الى تمام نصف الصداق وفي الثاني لا يرجع بشيء مطلقا قبضت او لم تقبض واوجب

زفر رح رجوعه بنصف قيمة العرض وجه الاتفاقية في الاول ان المقبوض ليس نفس المهر لانه وصف في الذمة بل مثل يقع به المقاصة فظهر ان اوصل

اليه غير ما يستحقه بالطلاق اعني نصف المهر الا يرى ان لها ان تمسك ما اخذته منه وتعطيه غيره اذا طلقها قبل الدخول بعد القبض وتقرير المتن ناظر

الى ان الواجب بالطلاق دراهم مطلقة وهذه ليست الا معينة ويدل على انها ليست عين الواجب كونها لها ان تمسكها وتدفع غيرها عند الطلاق وجه

قول زفر رح في ثاني شقي الاول ان الواصل اليه وان كان نفس الدين لكن وصل اليه بسبب غير الطلاق وهو الابراء وهو مسبب عن الابراء وغير

مسبب عن الطلاق لما عرف من ان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف المسببات شرعا اصله حديث لحم بريرة فبواسطة لزوم الاختلاف شرعا لم يصل

اليه عين ما يستحقه فصارت كالاولى وجه الاستحسان ان المستحق بالطلاق وهو سقوط نصف الدين عنه تحقق بالابراء فحين ثبت الطلاق لم يؤثر شيئا

لعدم مصادفته مشغول الذمة بالمهر وهو محل اثره لانه انما يؤثر في شغل الذمة بالاسقاط فلو اوجب شيئا آخر كما قال انه يرجع عليها بخمسمائة عين لكان ذلك غير

موجب شيء عين محله وصار كمن عليه الدين الموجل اذا اخذه ثم حل الاجل لا يجب شيء آخر واذا تاملت هذا التقرير سقط عنك ما تكلف في دفع لزوم اختلاف

المسبب باختلاف السبب من تخصيص الدعوى بالاعيان لانها تقبل التغير بتغير صفاتها بخلاف الاوصاف كالدين فيما نحن فيه حيث لا يقبل ذلك

بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل اليه ببدل

لاستحالة قيام الصفة بالصفة وهو وقع فاسد لان ثبوت التغير شرعا لا يتوقف على ذلك انما هو اعتبار شرعي وقيام الصفة بالصفة منفي الاختصاص الناعت ليس محالا على ما عرف في التحقيقات الكلامية ثم يكن جعل قوله في الكتاب انه وصل اليه عين ما يستحقه وهو مراد فمنه من نصف المهر الى عليه اي عين ما يستحقه ذاتا لا من هو حيث بسبب الابراء ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود سابقا فانه لم يؤثر شيئا وجه قولهما في قبض النصف الحاق البعض بالكل وهو قول الشافعي في الاصح يعني لو قبضت الكل ثم وهبته لم يرجع بنصفه ولا يخفى ان الملازمة تحكم فان رجوعه في صورة قبض الكل ليس لكونه قبض الكل لا البعض بل لانه لم يصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق وهذا المناط منتف في صورة قبض النصف بناء على ان الطلاق قبل الدخول اعادة نصف الصداق الى قديم ملك الزوج فيظهر ان الصداق الدين بذلك مشتركا بينهما يعني تبين ذلك والا فحال الهبة كان كله ملكها ظاهرا فاذا قبضت النصف انصرف الى حقها المكيل او موزون بين اثنين وهو في يد احدهما قبض صاحبه نصفه كان المقبوض حقه فاذا ابرأته بعد ما قبضت النصف من الباقي او الكل كان الواصل اليها عين ما تستحقه بالوجه المذكور في هبة الكل قبل قبضه فظهر ان الحاقهما البعض بالكل بوصف طردي غير مؤثر وتقرير الوجه الثاني ظاهر من الكتاب وقوله والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح يعني ان ما لو حطت حتى بقي اقل من عشرة صح ولا يلتحق غيره وتسميته ما دون العشرة في اصل العقد لا تصح وقيد بالنكاح لانه يلتحق في البيع باصل العقد ووجه الفرق ان البيع عقد معاوضة ومبادلة مال بمال ومرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن فيه فاعتبر الحط لقصد دفعه فالتحق باصل العقد ولا كذلك عقد النكاح فليس كذلك الحط فيه وقوله الا يرى ان الزيادة فيه لا تلحق حتى لا يتضح استيضاح بعدم الالتحاق وهو مشكل فان عدم التحاق الزيادة باصل العقد جوابا لدفع قول المانعين لها لو صحت كان ملكه عوضا عن ملكه فاذا لم يلتحق بقي ابطالهم بلا جواب فالحق انها تلتحق كما يعطيه كلام غير واحد من المشايخ وانما لا تنصف دون الانصاف خاص بالمفروض في نفس العقد حقيقة بالنص المقيد بالعادة المنصرف اليها على ما مر وهذه لم توجد حقيقة حالة العقد بل لحقت به وان وجه الحاقها بالبيع وهو انه قد يكون خاسرا او زائدا معتبرا بالمشتري فيرد الى العدل يجري في النكاح وخسرانه انه ينقص عن مهر مثلها فيرد بالزيادة اليه فان تزوجها مع نقصها عن مهر مثل اخواتها مثلا ليعقب الندم لها وزيادته يعقبه زوجه قول زفر رده في العرض المعين وهو احد قولي الشافعي في الجديد واختاره اكثر اصحابه ان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره من ان السالم بالهبة غير ما يستحقه بالطلاق لاختلاف السبب فترتب على الطلاق مقتضاه ويجب قيمة نصفه لتعذر عينه كما لو تزوج على عبد الغير فابى سيده وجه الاستحسان ان الواجب بالطلاق سلامة نصف المقبوض وقد وصل عين ذلك اليه فلم يصادف الطلاق ما كان شاغلا لذمتها ليؤثر وجوب تفريغها منه عليها على نحوه ما سلكت في التقرير السابق وحمل كلام الكتاب هنا عليه اسهل مما تقدم قوله بخلاف ما اذا كان المقبوض دينا اي دراهم ونحوها فان الواصل اليه ليس عين ما يستحقه لعدم تعينها وبخلاف ما اذا باعت من زوجها العرض المذكور فانه وان وصل اليه عين ما يستحقه لكنه ببدل والسالم ببدل بمنزلة ذلك البدل نفسه الذي كان في ملكه وكانه لم يصل اليه شيء ولو كان العرض او الحيوان في الذمة فكذلك الجواب اي لا يرجع عليها بشيء قبضت او لم تقبض اما اذا لم تقبض فتقريره تقريره دينا واما ان قبضته ثم وهبته فلان المقبوض فيه متعين الرد بالطلاق فليس لها ان تمسكه وتدفع غيره بخلاف المقبوض من الدراهم وانما وقعت هذه المفارقة لان الاصل ان لا يثبت العرض في الذمة للجهالة ولذا لا يثبت في المعاوضات المحضة كالشراء ولكنها تحملت في النكاح لجري التساهل في العوض فيه لانه غير المقصود منه فاذا عين بالتسليم يصير كان العقد وقع على ذلك المقبوض فيجب رد عينه اذا استحق كما لو كان معينا في الابتداء فيعطى حكمه ثانيا بخلاف زفر رده في هذه ايضا لما عرف من اصله وهو اشتراط وصوله اليه من الجهة المستحقة وما ذكر في الغاية قال زفر في الدراهم

ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فلذلك الجواب لان المقبوض متعين في الرد

والدنانير المعينة لا يرجع اليها بناء على اصله في تعينها استبعدت صحته عنه لما علم من اشتراطه اتحاد الجهة الا ان تكون روايتان فيما يتعين واذ قد انجر الكلام الى شئ مما يتعلق باسهار العرض المعين فهذه فوائد يتعلق به كلها من المبسوط فنقول لا يثبت فيه خيار الرؤية فلو تزوجها على شئ بعينه لم تره فاتاها به ليس لها رده ويثبت فيه خيار العيب فلها رده اذا كان العيب فاحشا وهو ما ينقص عن القيمة قدرا لا يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف العيب اليسير اما خيار الرؤية فلعدم الفائدة في اثباته اذ الفائدة في اثباته التمكن من اعادة العوض الذي قوبل بالمسمى كالمرأة في النكاح وهذا يحصل بالبيع لانه ينفسخ بالرد بخلاف النكاح لا ينفسخ برد المسمى بخيار الرؤية ولا ترد المرأة بل غاية ما يجب رد المسمى فيه قيمته والقيمة ايضا غير مرئية واما خيار العيب فلثبوت فائدته وهي الرجوع بقيمته صحيحا لان السبب الموجب للتسمية هو العقد ولم يبطل بالاتفاق فلا يجوز الحكم ببطلان التسمية مع بقاء السبب الموجب له صحيحا ولكن بالرد بالعيب يتعذر تسليم المعين كما التزم فيجب قيمته كالعبد المغصوب اذا ابق وعلى هذا الاصل اذا هلك الصداق المعين قبل التسليم لا تبطل التسمية بل تجب مثله ان كان مثليا والا فقيمته وكذا لو استحق هذا اذا كان العيب قائما وقت العقد فان تعيب في يد الزوج قبل التسليم يسيرا فليس لها غيره وعن زفر له الخيار او فاحشا فاما بفعل الزوج فلها الخيار ان تضمنه قيمته يوم تزوجها او تاخذه ويضمن الزوج النقصان لانه اتلف جزءا من الصداق ولو اتلفه ضمنه فاذا اتلف بعضه لزمه قدره وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا اختار اخذه لا تضمنه النقصان واما بآفة سماوية فلها هذا الخيار غير انها لا تضمنه النقصان اذا اختارت اخذه واما بفعل الصداق نفسه ففي ظاهر الرواية هو كالعيب السماوي لانه فعله بنفسه بدون ابي حنيفة انه كتعيب الزوج واما بفعلها فتصير قابضة له كله واما بفعل اجنبي فيجب ضمانه النقصان ويكون ضمانه بمنزلة الزيادة المتولدة قبل القبض فيثبت لها الخيار للتخير بين ان تاخذه وتضمن الجاني نقصانه او تضمن الزوج قيمته وهو يرجع على الجاني وليس لها ان تاخذ العين وتضمن الزوج النقصان لانه لا صنع منه بذا كله اذا دخل بها او مات عنها فان طلقها قبل الدخول فهو في حق النصف كما في الكل لو طلقها بعد الدخول فلو تعيب في يدها بعد قبضها ثم طلقت قبل الدخول ففي السماوي ان شاء ضمنها الزوج نصف قيمته يوم قبضه لتعذر رد ما اياه كما قبضته وان شاء اخذ النصف وليس عليها ضمان نقصان والتعيب بفعل الصداق كالسماوي كذا بفعلها لانه صار ملكا لها صحيحا فلا يوجب ضمان نقصان عليها واذا كان بفعل اجنبي فهو ضامن وهو كالزيادة المنفصلة المتولدة من العين لانه بدل جزء من العين فيمنع تنصيف الاصل الا ان يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الصداق يوم قبضته وكذا ان تعيب بفعل الزوج لان الزوج بعد تسليمه كالاجنبي في ايجاب الارش وذلك يمنع تنصيف الصداق بالطلاق فلو كان انما تعيب في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول كان للزوج ان ياخذ نصف الاصل مع نصف النقصان لان السبب فسد في النصف بالطلاق وصار مستحق الرد على الزوج فكان في يدها في هذه الحالة كالمقبوض بشراء فاسد فيلزمها ضمان النقصان سواء تعيب بفعلها او بفعله او بامر سماوي لانه مضمون عليها بالقبض والاوصاف تضمن بالقبض كالمغصوب وان كان بفعل اجنبي فالارش كالزيادة المنفصلة وقد ذكرنا حكمها وقع في مختصر الحاكم ابي الفضل ان التعيب في يدها قبل الطلاق وبعده في الحكم سواء قال شمس الائمة في المبسوط وهو غلط بل الصحيح في كل فصل ما ذكرنا فلو كان المهر جارية فلم تقبضها حتى وطئها الزوج فجاءت بولد فادعاه لم يثبت نسبه لان الاستيلاد في ملك المرأة غير صحيح الا ان الحد يسقط عنه للشبهة لان الصداق مضمون عليه بالعقد كالمبيع في يد البائع وعليه العقر وهذا العقر مع الولد زيادة منفصلة متولدة من الاصل لان المستوفى بالوطء في حكم جزء من العين والعقر بدله فاذا طلقها قبل الدخول تنصف لكل فيكون العقر والجارية بينهما ولا تكون الجارية ام ولد للزوج لعدم

وهذا لان الجهالة تتحمل في النكاح فاذا عين يصير كان التسمية وقعت عليه

ثبوت نسب ولدها منه ولكن يعتق نصف الولد على الزوج لانه ملك ولده من الزنا فيعتق عليه للجزئية ويسعى للمرأة في نصف قيمته ولا يصير الزوج ضامنا لانه ما صنع في الولد شيئا انما صنع الطلاق وذلك ليس مباشرة لاعتاق الولد بل من حكم الطلاق عود النصف الى الزوج ثم يعتق عليه حكما لملكه وان بانت الجارية عند المرأة او قتلت ثم طلقها قبل الدخول فللزوج عليها نصف القيمة يوم قبضت لانه تعذر عليها رد نصف الصداق بعد تقرر السبب الموجب له ولا سبيل للزوج على القاتل لان فعله لم يلاق ملكه بل ملك المرأة فلا يضمنه شيئا واذ قد انجر الكلام في الزيادة في المهر فلنستوفيه وحاصله من المبسوط ان الزيادة قبل قبضه متصلة كالسمن والجلاء بياض العين ومنفصلة متولدة من العين كالولد والثمار والعقر وغير متولدة كالكسب والغلة وذلك كله يسلم لها اذا دخل بها او مات عنها لانه يملك بملك الاصل وملك الاصل كان سالما لها وقد تقرر ذلك بالموت والدخول فكذلك الزيادة فاما اذا طلقها قبل الدخول فالزيادة المتولدة منفصلة او متصلة تنصف بالطلاق مع الاصل لانه في حكم جزء من العين والحادث من الزيادة بعد العقد قبل القبض كالموجود وقت العقد بدليل المبيعة فان الزيادة المتولدة هناك كالموجود وقت العقد حتى يصير بمقابلتها شيء من الثمن عند القبض واما غير المتولدة كالكسب والغلة فلا تنصف بالطلاق قبل الدخول بل الكل لها في قول ابي حنيفة وقولهما تنصف مع الاصل وكذا لو جاءت الفرقة من قبلها قبل الدخول حتى بطل ملكها عن جميع الصداق يسلم لها الكسب عند ابي حنيفة رح وعندهما يدور الكسب مع الاصل وكذا البيع قبل القبض يسلم الكسب للمشتري عندهما وللبائع لهما ان الكسب زيادة منفصلة عن الاصل فيكون كالولد فكما لا يسلم لها اذا ابطل ملكها عن الاصل فكذلك هذا وهذا لان بطلان ملكها عن الاصل لانفساخ بسبب فيه والزيادة انما تملك بملك الاصل متولدة كانت او لا فاذا انفسخ سبب الملك في الاصل لا يبقى سببا لملك الزيادة وحقيقة الوجه لابي حنيفة رح ان سبب ملك الزيادة غير سبب ملك الاصل بل ملك الاصل يصير شرطا فسبب ملك الاصل مثلا قبول عقد النكاح وفي الزيادة الاكتساب للمكتسب وهو اما احتطاب العبد او اجارته نفسه او قبول الهبة وهذه الاسباب لا تنفسخ بالطلاق غير ان المكتسب اذا لم يكن اهلا للملك خلفه فيه مولاه بذلك السبب لو صلة الملك بينهما وقت الاكتساب ويبطلان ملكه في الاصل لا يتبين انه لم يخلفه في الملك بذلك السبب فليس الكسب كالزيادة المتولدة لان المتولد جزء من الاصل يسري اليه ملك الاصل لا ان يكون مملوكا بسبب حادث الا يرى ان ولد المكاتبة يكون مكاتبا وكسبها لا يكون مكاتبا وولد المبيعة قبل القبض يكون مبيعا يقابله حصته من الثمن عند القبض وكسبه ليس مبيعا ولا يقابله شيء من الثمن وان قبض مع الاصل ولو قبضت الاصل مع الزيادة المتولدة ثم طلقها قبل ان يدخل بها تنصف الاصل والزيادة لان حكم التنصف عند الطلاق ثبت في الكل حين كانت الزيادة قبل القبض فلا يسقط ذلك بقبضها ولو كانت قبضت الاصل قبل حدوث الزيادة ثم حدثت في يدها ثم طلقها قبل الدخول فاما ان تكون غير متولدة او متولدة من الغير وهي اما منفصلة او متصلة فان كانت غير متولدة كالكسب والغلة فهو سالم لها ورد نصف الاصل على الزوج لان حدوث الكسب كان بعد تمام ملكها ويدها فيكون سالما لها وان الزمها رد الاصل او بعضه كالمبيع اذا اكتسب في يد المشتري ثم رد الاصل بعيب يبقى الكسب سالما له وهذا لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وقد كان الصداق في ضمانها فتسلم منفعته والكسب بدل المنفعة وان كانت متولدة من العين فان كانت منفصلة كالولد والثمار امتنع تنصف الاصل بالطلاق وعود الكل اليها اذا جاءت الفرقة من قبلها وانما للزوج في الطلاق نصف قيمة الاصل وفي ردتها جميع قيمته يوم دفع اليها في ظاهر المذهب وعلى قول زفر رح يتنصف الاصل مع الزيادة في الطلاق ويعود الكل الى الزوج اذا جاءت الفرقة من قبلها لان بقبضها لا يتأكد ملكها ما لم يدخل بها بل توهم عود النصف الى الزوج بالطلاق والكل

إذا تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلدة أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهر وقد رضيها به

فإذا جاءت الفرقة من قبلها ثابت فيسري ذلك الحق إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا إذا قبضها المشتري وإن زادت زيادة منفصلة فإن الباقي يسترد بها بزيادتها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف تفصيلا قال في الطلاق يرجع الزوج عليها بنصف قيمة الأصل وعند ردتها يسترد منها الأصل مع الزيادة لأن الردة تفسخ السبب من الأصل فيكون الرد بحكم انفساخ السبب بمنزلة الرد لفساد البيع وفيه ثبت الرد في الأصل والزيادة أما الطلاق فحل العقد وليس بفسخ له من الأصل فلا يثبت حق الزوج في الزيادة التي لم تكن في ملكه ولا في يده ويتعذر نصف الزيادة يتعذر نصف الأصل وجه ظاهر الرواية أنها ملكت بالصداق بالعقد وتم ملكها فيه بالقبض فحدثت الزيادة على ملك تام لها والتنصيف عند الطلاق إنما ثبت في المفروض في العقد وليت الزيادة مسماة فيه ولا حكما إذ لم يرد القبض المستحق بالعقد فتعذر تنصيفها وهي جزء من العين فيتعذر تنصيفها بتعذر تنصيف العين كالزيادة المنفصلة في البيع تمنع رد الأصل بالعيب إذا كانت حادثة بعد القبض وهذا بخلاف الزيادة المنفصلة في الموهوب فإنه لا يمنع الواهب من الرجوع في الأصل لأن الهبة عقد تبرع فإذا رجع في الأصل بقيت الزيادة للموهوب له بغير عوض وقد كان الأصل سالما له بغير عوض فيجوز أن تسلم الزيادة أيضا بغير عوض فأما البيع والنكاح فمعاوضة فبعد تعذر رد الزيادة لو أثبتنا الرد في الأصل بقيت الزيادة سالمة بلا عوض وهي جزء من الأصل ولا يجوز أن يسلم الملك بلا عوض بعد رفع عقد المعاوضة وإذا تعذر تنصيف الأصل وجب عليها نصف قيمته للزوج لتعذر رد العين بعد تقرر سبب وجوبه ولما كان الصداق إنما دخل في ضمانها بالقبض كان المعتبر القيمة وقت القبض وإن كانت متصلة كالسمن والجمال والجمار البياض فطلقها قبل الدخول فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه الزيادة المنفصلة تسوار إنما للزوج عليها نصف قيمة الصداق يوم قبضته وعند محمد وزفر رحمهما الله تنصف الأصل بزيادته لأن النكاح عقد معاوضة والزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات كما لو اشترى جارية بعبد وقبضها فازدادت متصلة ثم هلك العبد قبل التسليم أو رده المشتري بعيب فإنه يسترد الجارية بزيادتها بخلاف ما لو كانت الزيادة منفصلة وهذا لأن المتصلة كزيادة السعر ألا ترى أنها لو حدثت قبل القبض لا ينقسم الثمن باعتبارها كزيادة السعر فكذا في الصداق بخلاف الموهوبة فإن الزيادة المتصلة فيها تمنع الرجوع لأن الهبة ليست بعقد ضمان فالقبض بحكمه لما لم يوجب ضمان العين على الموهوب له لم يبق للواهب حق في العين حتى يسري إلى الزيادة وإذا تعذر الرجوع في الزيادة تعذر في الأصل لأنه لا ينفصل عنها بخلاف قبضها الصداق فإنه قبض ضمان بحق الزوج فيتبين به بقاء حق الزوج في الأصل فيسري إلى الزيادة كالبيع ولهما أن هذه الزيادة حدثت من ملك صحيح لها فيكون سالما لها بكل حال كالمنفصلة وإذا تعذر تنصيف الزيادة تعذر تنصيف الأصل لما قال محمد رحمه الله والدليل عليه أن الصداق في حكم الصلة من وجه لأنها تملكه لا عوضا عن مال والمتصلة في الصلات تمنع رد الأصل كالموهوب وتأثير المتصلة في الصلات أكثر من المنفصلة حتى أن المنفصلة في الهبة لا تمنع الرجوع والمتصلة تمنع ثم الزيادة المنفصلة هنا تمنع تنصيف الأصل فالمتصلة أولى أن تمنع فأما البيع فالصحيح أن عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف أن المتصلة تمنع فسخ العقد من الأصل كالمنفصلة وما ذكر في المأذون فهو قول محمد وقد نص في كتاب البيوع على أن الزيادة المتصلة تمنع الفسخ بالتحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف كالمنفصلة وأما إذا كان حدوث الزيادة في يدها بعد ما طلقها قبل الدخول فإنه ينصف الأصل مع الزيادة لأن بالطلاق صار رد الأصل مستحقا عليها فيسري ذلك إلى الزيادة كالمشتراة شراء فاسدا ترد بالزيادة المتصلة والمنفصلة بخلاف ما قبل الطلاق **قوله** وإذا تزوجها إلخ للمسألة صورتان الأولى أن يسمي لها مهرا ويشترط لها منافعه فقط كأن لا يخرجها من البلد أو لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو يطلق ضرتها والثانية أن يسمي لها مهرا على

وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها لانه سمى ما لا فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة في الهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر رحمه الله الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يزاد على الفين واصل المسئلة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيه ان شاء الله

تقدير وآخر على تقدير آخر اما الاولى فحكمها ظاهر في الكتاب وهو انه ان وفى لها فليس لها الا المسمى والا فلها مهر مثلها فلو كان مهر مثلها قدر المسمى واقل لا تستحق شيئا آخر وقال زفر ان كان ما ضم الى المسمى مالا كالهدية ونحوها يكمل لها مهر المثل عند فواته والا فليس لها الا الالف لان المال يتقوم بالاتلاف فكذا بمنع التسليم اذا شرطا لها في العقد بخلاف طلاق الضرة ونحوه لا يتقوم فلا يلزم وقال الامام احمد رحمه الله اذا فات ثبت لنا الخيار في الفسخ لانها لم تتزوجه الا على ملك المرغوب فيه فصار كما اذا باع عبدا على انه خباز فكاتب وهو بخلافه ولقوله صلى الله عليه وسلم حق الشروط ان توفوا به ما استحللتم به الفروج وجواب زفر ان ايجاب التسليم ليس للتقوم في المضموم بل لعدم رضاها بالالف الا به فبانتفائه ظهر عدم رضاها بالمسمى فكان كعدم التسمية وفيه مهر المثل وجواب الثاني ان ذلك في الشرط الصحيح وليس هذا منه لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم الا شرطا احل حراما او حرم حلالا وهذه الشروط تمنع التزوج والتسري لوجوب الجري على موجبها فكانت باطلة فلا يوثر عدمها في خيار الفسخ بل ان وفى تمت التسمية لرضاها بها والا اتم لعدم الرضا وفسد العقد ليس لازما لعدم التسمية ولا لعدمها راسا اذ ليس ذكرها من الاركان ولا الشروط بخلاف البيع فان قيل ما استدللتم به لا يمس محل النزاع لان مقتضى الشرط المذكور ان لا يتزوج ما دامت تحته مختارا لعدم دخول خيار الفسخ في يديها وابن عدم التزوج مختارا لامر من تحريمه شرطا فالجواب ان الشرط المحرم للحلال بعد ما حكم بكونه باطلا لا يتصور الا على ارادة كونه شرط ترك الحلال او فعل الحرام اذ لو اصل حقيقته بان ثبت به حكم الحل شرعا لم يكن باطلا واذا عارضه وجب حمل الاحقية المذكورة فيما روي على ما من الحق في نفسه وهو المراد به ضد الباطل وهو اعم من الوجوب صادق عليه وعلى الجائز والمندوب لا ما يخص الواجب عينا بقي ان يقال اذا ظهر عدم رضاها بالالف لم يلزم كونه نكاحا بلا تسمية ولا نظير للقطع بانها ليست مفوضة بل انما رضيت بتسمية صحيحة معينة وقد قالوا اذا سمى للبكر عند استيذانها مهرا فسكتت لا يكون رضا حتى يكون المهر واقرا ولا يصح النكاح بمهر المثل ولا به فكيف وهي مصرحة بنفيه وكون مهر مثلها اصلا لا يستلزم صحة النكاح به ما لم تكن مفوضة او تصرح بالرضا به والا فقد لا ترضى بمهر المثل لتسمية فلا ينفذ النكاح عليها به فيجب ان تختار كما اذا زوجت نفسها من غير كفو فانه ينعقد ثم يثبت للولي خيار الفسخ واما ما ذكر من حمل لفظ احق في الحديث على ما ذكر فبلا موجب لان ذلك الموجب وهو تحريم الحلال منتف لانه لا يحرم التسري بهذا الشرط بل هو امتنع منه بالتزامه مختارا لاحب الامرين اليه وهو صحبة الزوجة ولهذا لو تسرى لا لقول فعل محرما وهو اذى من امتناعه عن بعض المباحات بحلفه لا بفعله واما الثانية فكان يتزوجها على الف ان اقام بها او ان لا يتسرى وان يطلق ضرتها او ان كانت مولاة او ان كانت اعجمية او يثبا وعلى الفين ان كان اضداد ذا فان وفى بالاول او كانت اعجمية ونحوه فلها الالف والا فمهر المثل لا يزاد على الفين ولا ينقص عن الف عند ابي حنيفة وكذا ان قدم شرط الالفين يصح المذكور عند حتى لو طلقها قبل الدخول يجب لها نصف المسمى ولا بناء على انه لا خطر فيها وكذا في المسئلة الاولى لان بالطلاق قبل الدخول يسقط اعتبار هذا الشرط وقالا الشرطان جائزان فلها الالف ان اقام بها والالفان ان اخرجها وقال زفر الشرطان فاسدان فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا يزاد على الفين وجه قول ابي حنيفة انه لا خطر في التسمية الاولى بل هي منجزة بخلاف الثانية فهي معلقة فاذا وجد شرطها بان اخرجها مثلا ثبت لها ذلك المسمى وقد كان ذلك المسمى الاول ثابتا لان المنجز لا يعدم بوجود المعلق فحين وجد المعلق بوجود شرطه اجتمع تسميتان فيجب مهر المثل للجهالة ووجه قولهما انهما معلقان فلا يوجد في تقدير سوى مسمى واحد ووجه قول زفر ان لا تعليق اصلا بل هما منجزان لان ما يضم مع المال انما يذكر للترغيب لا للشرط فاجتمعا فيفسد للجهالة واصلها في الاجارات وستزداد هناك وضوحا ان شاء الله تعالى واعلم انه نقل عن الدبوسي لو تزوجها على الف ان كانت قبيحة والفين ان كانت

فلو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد فاذا احدهما او كس والآخر ارفع فان كان مهر مثلها اقل من وكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن وصار كالخلع والاعتاق على مال وله ابي حنيفة رح ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق لانه لا بدل لهما الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج راضي بالزيادة

جميلة يصحان بالاتفاق لانه لا خطر في التسمية الثانية لان احد الوصفين ثابت في نفس الامر جزما غير ان الزوج يجهله وجهالته لا توجب خطرا بالنسبة الى الوقوع وعدمه واستشكل بان مقتضاه ثبوت صحتها اتفاقا فيما اذا تزوجها بالف ان كانت مولاة او ليست له امرأة بالفين ان كانت حرة الاصل او له امرأة لكن الخلاف منقول فيهما والاولى ان تجعل مسئلة القبيحة والجميلة على الخلاف فقد نص في نوادر ابن سماعة عن محمد على الخلاف فيهما واعلم انه لو كان تزوجها على الف وعلى طلاق فلانة تطلق بمجرد تمام العقد بخلاف ما تقدم من كذا وان يطلق فلانة فانه ما لم يطلقها لم تطلق وفي المبسوط لو تزوجها على الف وعلى ان يطلق امرأته فلانة وعلى ان تزوجه عليه عبدا فقد بذلت البضع والعبد والزوج بدل الالف وشرط الطلاق فيقسم الالف على مهر مثلها وعلى قيمة العبد فان كانا سواء صار نصف الالف ثمنا للعبد ونصفها صداقا لها واذا طلقها قبل ان يدخل بها فلها نصف ذلك وان دخل بها نظر ان كان مهر مثلها خمسمائة او اقل فليس لها الا ذلك وان كان اكثر فان وفى بالشرط فطلق فليس لها الا الخمسمائة وان ابى ان يطلق لم يجبر عليه لانه شرط الطلاق وايقاع الطلاق لا يصح التزامه في الذمة فلا يلزمه بالشرط شيء ولها كمال مهر مثلها ولو كان تزوجها على الف وطلاق فلانة على ان تزوجه عبدا وقع الطلاق بنفس العقد والزوج بذل شيئين الالف والطلاق والمرأة البضع والعبد والشيئان متى قوبلا بشيئين ينقسم كل واحد منهما على الآخرين فان كان مهر المثل وقيمة العبد سواء كان نصف الالف ونصف الطلاق صداقا لها فاذا طلقها قبل الدخول كان لها مائتان وخمسون والطلاق الواقع على الضرة بائن لان بمقابلته نصف العقد ونصف البضع وان لم يكن العوض مشروطا على الطلاق وانما جعلنا نصف العبد ونصف البضع بمقابلة الطلاق لان المجهول اذا ضم الى المعلوم فالانقسام باعتبار الذات دون القيمة ولو استحق العبد او هلك قبل التسليم رجع بخمسمائة حصة العبد وبنصف قيمة العبد ايضا لان نصف العبد بمقابلة نصف الطلاق واستحقاق العبد او هلاكه قبل التسليم يوجب قيمته على من كان ملتزما للتسليمة فلهذا رجع بقيمة ذلك النصف وهنا المسئلة التي تحاذيها بابا الشفعة والنكاح حيث قال اذا تزوجها على دار على ان ترد الفا تقسم الدار على مهر مثلها وعلى الالف حتى لو استويا فالنصف مهر والنصف مبيع ان تفاوتا وهذا بالاتفاق ثم هل تثبت الشفعة بجار هذه الدار فيها مثلا عند ابي حنيفة لا وعندهما نعم اعتبار البعض المبيع بالكل وهو يقول ما ثبت في ضمن شيء يعطى له حكم المتضمن لا حكم نفسه والبيع هنا في ضمن النكاح اذ العقد يلفظ النكاح فحكمه حكمه ولا شفعة في الدار التي يتزوج عليها فكذا في هذه ولو اعتبر البيع اصلا فسد لانه نكاح في ضمن بيع فيفسد للبيع لانه يفسد بالشروط الفاسدة وقبول النكاح صار شرطا فيه وفي فتاوى الخاصي من علامة النون رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا على ان تدفع اليه هذا العبد فانه يقسم مهر مثلها على قيمة العبد ومهر مثلها لانها بذلت البضع والعبد بازاء مهر المثل والبدل ينقسم على قيمة البدل فما اصاب قيمة العبد فالبيع فيه باطل لانها باعته بشيء مجهول ويصير الباقي مهرا لها وذكر في علامة الواو قال لامرأة اتزوجك على ان تعطيني عبدك هذا فاجابته بالنكاح جاز بمهر المثل فلا شيء لي من العبد فلان هذا شرط فاسد واما جواز النكاح فلانه لا يبطل بالشروط الفاسدة انتهى وهذا اختلاف في القدر الذي يجب لها اذ مقتضى هذا انه تمام مهر المثل بخلاف الاول قوله ولو تزوجها على هذا العبد او هذا العبد او على الفين او الف فكان مهر مثلها اقل من اوكسهما او مثله فلها الاوكس الا ان يرضى الزوج بدفع الارفع فلها الا ان ترضى بالاوكس فان كان اكثر من ارفعهما او مثله فلها الارفع الا ان ترضى بالاوكس وان كان مهر مثلها بينهما اي فوق الاوكس دون الارفع فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة وقالا لها الاوكس في ذلك كله فان طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع فلو كان قيمة العبدين سواء صحت التسمية اتفاقا وكثير على ان هذا الخلاف في الواجب الاصلي في النكاح فعنده مهر المثل لانه

والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رض مخرجه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على فرس وحمار اما اذا لم يسم الجنس بان يتزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى اذ كل واحد منهما معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية ولا فارق

اعدل انه وقيمة البضع لانه متقوم بحالة الدخول بخلاف المسمى فانه قد يزيد على قيمته وقد ينقص فلا يعدل عنه اليه الا عند صحة التسمية وقد فسدت للجهالة بادخال كلمة او وعندهما الواجب الاصلي المسمى فلا يعدل عنه الى مهر المثل الا اذا فسدت من كل وجه وهو منتف اذ يمكن ايجاب الاوكس لانه متيقن قياسا على ما لو خالعها على هذا العبد او هذا فانه يجب الاوكس فيهما اتفاقا وهذا ان كان منقولا عنهم فلا كلام فيه وان كان تخريجا فليس بلازم يجوز ان يتفقوا على ان الاصل مهر المثل ثم يختلفوا في فساد التسمية في هذه المسئلة فعنده فسدت لادخال الوصف وعندهما لم تفسد لان الى المتروك منها لما تفاوت ورضيت هي بايهما كان فقد رضيت بالاوكس فتعين دون الارفع اذ لا يمكن تعيينه عليه مع رضاها بالاوكس واذا تعين بالها لم يصر الى مهر المثل لان المصير اليه حكم عقد لا تسمية فيه صحيحة وصار كالخلع على الف او الفين والاعتاق بان قال اعتقتك على هذا العبد او هذا وقيل فانه يجب الاوكس فيهما وهو يفرق بان تعين الاوكس في ايهما ضرورة ان لا موجب فيهما في حق البدل وانما يجب فيهما بالتسمية وان لم يتمحضا كلامهما بالكلية ولا ضرورة هنا لان النكاح موجبا اصليا فاذا لم يتعين احدهما ردت فيه لا يلزم الالغاء اذ يمكن تصحيحه بمهر المثل وهذا بخلاف ما لو خيرها بان قال على انها بالخيار تاخذ ايهما شاءت او على اني بالخيار اعطيك ايهما شئت فانه يصح كذلك اتفاقا لانتفاء المنازعة اما نحن فيه فلا لانها لو اردت اخذ الارفع فامتنع تحققت المنازعة اذ ليس الرجوع الى قول احدهما بالاولى من الاخر بخلاف التخيير اذ من له الخيار يستبد بالتعيين وصار كبيع احد العبدين لا يجوز ولو سمى لكل ثمنا وجعل خيار التعيين لاحدهما جاز بخلاف ما لو اقر بالف او الفين حيث يتعين له الالف لانه لم يوقع ذلك في انشاء معاوضة بل ذكر ان ذمته مشغولة باحد المالين والاصل براءة الذمة وهو في شك من اشتغالها بالفين لم يجزم بها فلا تلزمانه بخلاف الالف فانه لم يشك فيها ولو تزوجها على الف حالة او موجلة الى سنة ومهر مثلها الف او اكثر فلها الحالة والا فالموجلة لانها اقل ولو على الف حالة او الفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فله وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عليه **قوله** والواجب في الطلاق قبل الدخول الخ وعلى هذا لو كانت المتعة زائدة على نصف الاوكس تحكم يصرح به في الدراية فالحكم في الطلاق قبل الدخول في التحقيق ليس الا متعة مثلها **قوله** واذا تزوجها على حيوان غير موصوف الخ المهر كما يكون من النقود يكون من العروض والحيوان فاذا كان عرضا او حيوانا ناما معينين كهذا العبد او الفرس او الدار فيثبت الملك بمجرد القبول فيه لها ان كان مملوكا له وكذا لو لم يكن مشارا اليه الا انه اضافه الى نفسه كعبدي والا فلها ان تاخذه بشرائه لها فان عجز عن شرائه لزمه قيمته ولو استحق نصف الدار خيرت في النصف الباقي في يدها ان شاءت رده بالعيب الفاحش وهو التنقيص في الاملاك المجتمعة ورجعت بقيمة الدار وان شاءت امسكته ورجعت بقيمة نصفها ولو طلقها قبل الدخول كان لها النصف الذي في يدها خاصة ولو ولدت الامة عنده ثم مات الولد فليس على الزوج ضمانه ولا يكون حاله على من حال ولد المغصوبة ولكن لها الامة ان دخل بها ولا خيار لها ان كان نقصان الولادة يسيرا وان كان فاحشا فلها ان شاءت اخذت الجارية ولا يضمن الزوج شيئا وان شاءت اخذت قيمتها يوم تزوجها عليها لان نقصان الولادة كالعيب السماوي وقد كان الولد جابرا لذلك النقصان فاما اذا مات الولد ظهر النقصان لانعدام ما يجبره وقد بينا ثبوت الخيار لها في العيب السماوي بهذه الصفة ولو كان الزوج قتله ضمن قيمته لانه اتلف امانة في يده فان كان في قيمته وفاء بنقصان الولادة لم يضمن نقصانها وان لم يكن اجاب في كافي الحاكم بان عليه تمام ذلك قال شمس الائمة وهو غلط فقد بين في الابتداء ان الزوج لا يضمن نقصان الولادة عند موت الولد فكذا لا يضمن ما زاد على قيمته من قدر النقصان ولكن ان كان يسيرا فلا خيار لها وان كان فاحشا فلها الخيار كما قلنا ولا اشكال في الثوب المعين في ثبوت الصفة غير انه اذا زاد فقال هذا الثوب الهروي ولم يكن هرويا فليس لها غيره وعلى قول ابي يوسف لها قيمة ثوب هروي وسط وعلى قول

وشرطنا ان يكون المسمى ماله وسط معلوم رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط والوسط ذو حظ منهما بخلاف جهالة الجنس لانه لا واسطة لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها مهر المثل معناه انه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس لان الثياب اجناس ولو سمى جنسا بان قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا ولكن اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منها يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا

زفر لها الخيار بين ان تاخذ او تطلب قيمة الهروي الوسط لانها وجدته على خلاف شرطه ولكنا نقول المشار اليه من جنس المسمى فيتعلق العقد بالمشار اليه وسنقرره انشاء الله تعالى واما غير معين فلا يخ ان يكون مكيلا او موزونا او غيرهما ففي غيرهما ان لم يعين الجنس بان قال حيوان ثوب دار لم تصح ويجب مهر المثل بالغا ما بلغ لان بجهالة الجنس لا يعرف الوسط لانه انما يتحقق في الافراد المماثلة وذلك باتحاد النوع بخلاف الحيوان الذي تحته الفرس والحمار وغيرهما والثوب الذي تحته القطن والكتان والحرير واختلاف الصنعة ايضا والدار الذي تحتها ما تختلف اختلافا فاحشا بالبلدان والمحال والضيق والسعة وكثرة المرافق وقلتها فتكون هذه الجهالة افحش من جهالة مهر المثل فمهر المثل اولى وان عينه بان قال عبدا او فرس حمار يصح التسمية وان لم يصفه وينصرف الى بيت وسط من ذلك وكذا باقيها وهذا في عرفهم اما البيت في عرفنا فليس خاصا بما يبات فيه بل يقال لمجموع المنزل والدار فينبغي ان يجب بتسمية مهر المثل كالدار ويجبر على قبول قيمته لو اتاها بها وبقولنا قال مالك واحمد خلافا للشافعي له ان عقد النكاح معاوضة فلا تصح التسمية مع جهالة العوض كالبيع ولنا انه معاوضة مال بما ليس بمال والحيوان يثبت في ذلك بالذمة اصلا ايجاب الشرع مائة من الابل في الدية وفي الجنين غرة عبد او امة في الذمة وليس فيها معلوم الا الوسط من الاسنان الخاصة وهذا الشرع عدم جريان المشاحة في ذلك حيث لم يقابلها مال فلا يفضي جهالة الوصف فيه الى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم الا يرى ان الشرع اوجب مهر المثل مع جهالة وصفه وقدره في بعض الصور بان لم يكن من اقاربها من تزوج وعلم لها مهر فانه يحتاج الى تقويم وتخمين بل جهالة مهر المثل فوق جهالة العبد لان جهالة في الصفة وجهالة مهر المثل جهالة جنس فتصح التسمية اولى **قوله** وشرطنا ان يكون الخ جواب سوال تقديره لما شابه النكاح الاقرار في كون التزام مالي ابتداء ينبغي ان يصح تسمية حيوان كما يصح الاقرار بشيء ويلزمه البيان من غير توقف على كون المقر به مالا له وسط وطرفان فقال شرطنا ذلك رعاية بجانبي المراة والزوج لان جهة كونه معاوضة توجب اشتراط نفي الجهالة اصلا لكن لما كان المال من الجانبين تحملت فيه الجهالة اليسيرة مع انه المورد الشرعي اعني ايجاب الشرعي الوسط في حيوان الزكوة رعاية بجانبي الفقراء وارباب الاموال وكذا ما ذكرناه من الدية والغرة ولا يتعدى الا حكم الاصل ولو اسقط قوله فجعلناه التزام المال ابتداء واكتفى بالالحاق بالدية والغرة ومهر المثل استغنى عن هذا السوال وجوابه **قوله** وانما تخير الزوج جواب عن مقدر هو انما ذكرتم يقتضي وجوب الوسط والحكم عندكم وجوب احد الامرين منه ومن قيمته حتى تجبر على قبولها اجاب لما كان الوسط لا يعرف الا بتقويمه صارت القيمة اصلا من اجل المسمى كانها هو فهي اصل من وجه فيتخير على قبولها ان اتاها به وبهذا التقرير يندفع ما قد يقال اذا كان الحكم ذلك فصار كانه تزوجها على عبد او قيمته وفيه يجب مهر المثل لان هذا التقرير انما افاد ان الاصل العبد عينا ثم القيمة مخلص الا يرى الى التشبيه في قولنا كانها هو وفي المبسوط بعد ان قال لكون المهر عوضا اعتبر صفة الوسطية ليعتدل النظر من الجانبين ولكونه مالا يلتزم ابتداء لا يمنع جهالة الصفة صحة الالتزام قال ولهذا لو اتاها بالقيمة اجبرت على القبول لان صحة الالتزام باعتبار صفة المالية والقيمة فيه كالعين هذا ولتعتبر القيمة بقدر الغلاء والرخص ويختلف ذلك بحسب الاوقات وهو الصحيح وانما قدر ابو حنيفة في السود باربعين دينارا وفي البيض بخمسين لما كان في زمانه **قوله** وان تزوجها على ثوب الخ تقدم الكلام فيه **قوله** وكذا اذا بالغ في وصف الثوب بان ذكر بعد نوعه طوله وعرضه ورقعته وعلى منوال كذا لا يختلف الجواب من انها تجبر على اخذ القيمة كما على اخذ الثوب وجعله ظاهر الرواية احترازا عما عن ابي حنيفة رح يجبر الزوج على عين الوسط وهو قول زفر وعما عن ابي يوسف رح انه ان ذكر الاجل مع ذلك تعين الثوب لان موصوفه اذا كان موجلا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا في السلم وان لم يوجل تخير الزوج وعبارته في المبسوط

فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل وزنه خلا

فان عين صفة الثوب فعلى قول زفر لا تجبر على القيمة اذا اتاها بها وعلى قول ابي يوسف ان ذكر الاجل الخ ما ذكرنا ثم قال وزفر يقول الثوب يثبت في الذمة موصوفا ثبوتا صحيحا لانه بالمبالغة في ذكر صفته يلتحق بذوات الامثال ولهذا يجوز السلم فيه واشتراط الاجل هناك من حكم السلم لا من حكم ثبوت الثياب دينا في الذمة فاستوى ذكر الاجل وعدمه واجاب بان قال لكنا نقول لو باع عبدا بثياب موصوفة في الذمة لا يجوز الا موجلا وان لم يكن العقد سلما فعرفنا ان الثياب لا تثبت دينا ثبوتا صحيحا الا موجلا انتهى فظاهر ترجيح قول ابي يوسف رح وقد يقال بل حاصل الصورة سلم والعبد راس ماله والثياب الموجلة المسلم فيه ولا يخفى ترجح قول زفر اذ لم يندفع قول ان اشتراط الاجل ليس من حكم ثبوته في الذمة ثبوتا ظاهرا اما المكيل والموزون فان سمى جنسه كعلى اردب قمح شعير دون صفته فكغيره من ثبوته واجبارها على قبول القيمة وان وصفه كجيدة خالية من الشعير صعيدية او بحرية لا يخير الزوج بل يتعين المسمى لان الموصوف منها يثبت في الذمة صحيحا حالا كالقرض موجلا كما في السلم وعن ابي حنيفة رح لا تجبر على القيمة فيما اذا لم يسم الصفة ايضا لان صحة التسمية انما يوجب الوسط مخيرا بينه وبين القيمة كما في الفرس والعبد لا تعين الوسط

قوله فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها وبه قال الثلثة وقالوا في رواية عن كل منهم يفسد النكاح لامتناع العوض اذ المسمى يمنع عوضا آخر وهو ممتنع التسليم في حق المسلم قلنا امتناع التسليم لا يزيد على فساد التسمية وفسادها لا يزيد على اعتبارها حدا مانعا اشتراط قبوله والنكاح لا يفسد بعدم التسمية ولا بالشرط الفاسد بخلاف البيع يفسد بالاول لانه ركنه وبالثاني لان الشرط الفاسد يصيره ربوا لان الشرط زيادة خالية عن العوض في احد الجانبين ولا ربوا في النكاح قوله فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر او على هذا العبد فاذا هو حر فعند ابي حنيفة رح لها مهر مثلها فيهما وقال ابو يوسف رح لها مثل وزن الخمر خلا وقيمة الحر المشار اليه لو كان عبدا وقال محمد رح يقول ابي حنيفة رح في الحر ويقول ابي يوسف رح في الخمر وذكر الحاكم ان قول ابي يوسف الاول كقولهما وظاهر كلام الهداية في التعليلات يقتضي افتراقهم في مباني الخلاف لانه خص ابا يوسف بما حاصله لهما ما لا وتعذر تسليمه فتجب قيمته في القيمي والمثل في المثلي والعبد قيمي والخمر مثلي ثم قال ابو حنيفة رح يقول لما اجتمعت الخ والتحقيق انه لا خلاف بينهم في الايضاح لا خلاف بينهم ان المعتبر المشار اليه ان كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسه فالمسمى وفي اشارات الاسرار قال هذا الخلاف ينشاء من اصل مجمع عليه الخ معنى ما ذكرنا وما نذكر ولان هذا الاصل متفق عليه في البيوع والاجارات وسائر العقود وتفصيله من الكافي قال هذه المسائل مبنية على اصل وهو ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعا والمشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية لانها تعرف الماهية والاشارة تعرف الصورة وكان اعتبار التسمية اولى لان المعاني احق بالاعتبار وان كان المشار اليه من جنس المسمى الا انهما اختلفا وصفا فالعبرة للاشارة لان المسمى موجود في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه اي يتبع الذات الا يرى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس ولو اشتراه على انه احمر فاذا هو اخضر ينعقد لاتحاده والشان في التخريج على هذا الاصل فابو يوسف رح يقول الحر مع العبد والخل مع الخمر جنسان مختلفان في حق الصداق لان احدهما مال متقوم يصلح صداقا والآخر لا فالحكم بالمسمى وكان الاشارة تبين وصفه كانه قال عبد كهذا الحر خل كهذا الخمر ومحمد يقول العبد مع الحر جنس واحد اذ معنى الذات لا يفترق فيهما فان منفعتهما تحصل على نمط واحد فاذا لم يتبدل معنى الذات اعتبر جنسا واحدا فالعبرة للاشارة والمشار اليه لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل فاما الخل مع الخمر فجنسان اذ المطلوب من الخمر غير المطلوب من الخل فالحكم فيه كما قال ابو يوسف وابو حنيفة رح يقول لا تاخذ الذات ان حكم الجنسين لا يتبدل الصورة والمعنى لان كل موجود من الحوادث موجود بهما وصورة الخل والخمر والحر والعبد واحدة فاتحد

وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة لانه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه
فتجب قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا هلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رحمه يقول اجتمعت الاشارة والتسمية فتعتبر الاشارة
لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف فكانه تزوج على خمر او حر ومحمد رحمه يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه تتعلق العقد بالمشار
اليه لان المسمى موجود في المشار اذ ذاتا والوصف تبعه وان كان من خلاف جنسه تتعلق بالمسمى لان المسمى مثل المشار اليه وليس بتابع له والتسمية
ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة تعرف لذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف
الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والحر
مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد فان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى عشرة دراهم
عند ابي حنيفة رحمه الله لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه
اطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رحمه وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه لها العبد الباقي الى تمام مهر
مثلها ان كان مهر مثلها اقل من قيمة العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد الى تمام مهر المثل

الجنس فالعبرة للاشارة فيهما والمشار اليه غير صالح فوجب مهر المثل انتهى وغاية الامر ان يكون سمى الخمر خلا والحر عبدا تجوزا وذلك لا يمنع تعلق الحكم
بالمراد كما لو قال لامرأته هذه الكلبة طالق ولعبده هذا الحمار حر تطلق ويعتق فظهر ان لا اختلاف بينهم في الاصل بل في اختلاف الجنس واتحاده فلزم ان ذكر
في بعض شروح الفقه من ان الجنس عند الفقهاء المقول على كثيرين مختلفين بالاحكام انما هو على قول ابي يوسف وعند محمد رحمه المختلفين بالمقاصد وعلى
قول ابي حنيفة رحمه المقول على متحدي الصورة والمعنى ثم لا يخفى ان اللائق كون الجواب على قول ابي يوسف وجوب القيمة او عبد وسط لان الغاء الاشارة واعتبار المسمى
يوجب كون الحاصل انه تزوجها على عبد وحكمه ما قلنا ولو تزوجها على عكس ما ذكرنا اي على هذا الدن من الخمر فاذا هو خل او هذا الحر فاذا هو عبد او هذه الميتة
فاذا هي ذكية فلها المشار اليه في الاصح عند ابي حنيفة وان روي عنه مهر المثل وقدم على اصله وبالاصح عن ابي حنيفة قال ابو يوسف فاوجب الذكية وما معها
واوجب محمد المذكاة ومهر المثل في الخمر فخمر على اصله وابو يوسف خالف اصله واعتذر عنه بانه جمع بين الاشارة والتسمية وصحت احديهما وبطلت الاخرى
فاعتبرت الصحة وصارت الاخرى كان لم تكن وكذا خالف ابو حنيفة الاصل المذكور له على تلك الرواية القائلة بوجوب مهر المثل ووجه بانه يقول الوجوب
الاصلي مهر المثل وانما اعتبرنا الاشارة هناك ليجب ولو اعتبرناها هنا لا يجب فلا يعتبر ليجب مهر المثل لانه هو الاصل قوله فان تزوجها على هذين العبدين
واذا احدهما حر فليس لها عند ابي حنيفة رحمه الله الا الباقي اذا ساوى عشرة فان لم يساوها كملت العشرة لانه مسمى ووجوب المسمى المستحق باصل العقد وان
قل يمنع وجوب مهر المثل وقال ابو يوسف لها العبد وقيمة الحر لانها ما رضيت الا بهما وتعذر تسليم احدهما فتجب القيمة وقال محمد رحمه لها الباقي وتمام
مهر مثلها ان لم يبلغ الباقي مهر المثل وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه فعلى هذا لو بلغ الباقي مهر المثل لا يزاد عليه فتتحد بقول ابي حنيفة لانهما لو كانا حرين
يجب مهر المثل فاذا كان احدهما حرا ولم يبلغ الباقي مهر المثل تمم مهر المثل دفعا للضرر عنها فهنا مقامان لهما مقام اختلافيه وهو تعيين الواجب
مع الباقي ومقام اتفاقيه وهو عدم الاقتصار على الباقي ولهما فيه الالحاق بالمسئلة السابقة اعني ما اذا تزوجها على الف وان لا يخرجها من البلد
ولم يف حيث يكمل مهر المثل لانها لم ترض بذلك القدر فقط وقد امتنع الباقي فلم يجب الاقتصار عليه والجواب الفرق بان الفائت في السابقة لم يستحق
باصل العقد بدفوع بان لا اثر لاستحقاق مستحق خاص باصل العقد في دفع استحقاق غيره ولزوم مهر المثل فيما ليس الا لعدم رضاها بذلك القدر بتسميته
اذ لم ترض الا بالكل غير ان الفائت هناك لما لم يتقوم صيرا الى مهر المثل وهنا يتقوم بمعنى يتقوم هذا الحر عبدا فتجب قيمته وعلى هذا يترجح قول ابي يوسف
من حيث الوجه وقد يجاب بان جبر الفائت هناك لعدم رضاها وعدم تقصيرها في تعيين ما ترضى به اما هذا ففي المقصرة في الفحص عن حال
المسميين فانه مما يعلم بالفحص بخلاف السابقة لان عدم الاخراج وطلاق الضرة انما يعلم بعد ذلك وكانت هنا ملتزمة للضرر معنى هذا وقد خرجت
هذه المسئلة على ما بينها من الاصل الذي ذكرناه فعند ابي حنيفة رحمه تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو واذا لغي تسمية احد العبدين صار كانه تزوجها
على عبد فليس لها غيره وعند ابي يوسف رحمه تسمية العبد معتبرة مع الاشارة الى الحر فاعتبر تسمية العبدين لكنه عجز عن تسليم احدهما
فوجبت قيمته ومحمد يقول الامر كما قال ابو حنيفة ان تسمية العبد عند الاشارة الى الحر لغو لكنها لم ترض في تمليك بضعها بعبد واحد فيجب النظر
الى مهر المثل لدفع الضرر ولا جواب لابي يوسف عما قلنا من التزامها لذلك حيث قصرت ان تم والا فلا وجه قول ابي يوسف وكونها مقصرة بذلك ممنوع اذ لا يمكن
مانعة من التردد في ان المسمى حرا او عبد وقريب من هذا لو تزوجها على هذه الثياب العشرة فاذا هي تسعة ليس لها غير التسعة وحكم محمد بها كما قال
ابو حنيفة رحمه ان ساوت مهر مثلها او زادت والا كمل مهر مثلها وفي الفتاوى الخاصية من علامة العين تزوج على هذه الاثواب العشرة فاذا هي احد عشر

واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع ولذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر له هو يعتبر بالبيع الفاسد ولنا ان المسمى في ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فاذا زادت على مهر المثل لم يجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم يجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته

فان كان مهر مثلها مثل احد عشر وزيادة فلها احد عشر عند ابي حنيفة وبه يفتى لان المهر احد العشرتين اجودهما واردؤهما فصار كما اذا تزوج على احد هذين العبدين اما اذا وجدت تسعة فلها التسعة لا غير عنده وبه يفتى فرق بين هذا وبين ما اذا تزوجها على هذه الاثواب العشرة الهروية فاذا هي تسعة حيث كان لها التسعة وثوب آخر في قولهم جميعا لانه في الاولى المنطوق الثوب المطلق والثوب المطلق لا يجب مهرا الا يرى انه لو تزوج على ثوب مطلق يجب مهر المثل وفي الثانية المنطوق به ثوب هروي وبهذا يجب مهرا وشرح العبارة الاولى ان التزوج انما وقع على عشرة وحين وجدت احد عشر فلا بد ان يشتمل غالبا على عشرة هي اجود الاحد العشر وعشرة هي اردى الاحد عشر فصارت التسمية عشرة من احد عشر ما اردأها او اجودها وبه تفسد التسمية عند ابي حنيفة رح فيحكم مهر المثل فاذا كان احد عشر او اكثر فلها الاحد عشر لرضاها بالنقصان وان كان بين العشرة التي هي الاردى والعشرة التي هي الاجود تعين اعني مهر المثل كما لو كان بين اوكس العبدين واجودهما وان كان اقل من اردى العشرتين او امثالها تعين العشرة الردى لما لو كان اقل من اوكس العبدين او مثله هذا قياس قوله واما قياس قولهما فصحة التسمية وتعين اردأهما مطلقا كما عينا اوكس العبدين كذلك وشرح عبارة التسعة انه اذا ظهرت العشرة تسعة ولم يصفها بالهروية فكانه تزوجها على هذه التسعة وثوب آخر وهو مطلق فيلغو وتجب التسعة فقط بخلاف ما اذا وصفها بالهروية لان المعنى انه تزوجها على هذه التسعة وثوب هروي فلا تبطل التسمية غير ان مقتضى الاصل ان يتخير فيه بين عينه وقيمته والله اعلم قوله واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد وهو كتزوج الاخت في عدة الاخت او الخامسة في عدة الرابعة او الامة على الحرة ان كان قبل الدخول فلا مهر لها خلا بها او لم يخل لان المهر لا يجب في النكاح الفاسد الا بالدخول وانما لم تقم الخلوة فيه مقام الدخول لان التمكن منها فيه منتف شرعا بخلاف الصحيح فانه يجب فيه بالعقد ويكمل بالخلوة لو طلقها فيه قبل الدخول لان الخلوة فيه اقيمت مقام الدخول لثبوت التمكن من الوطي شرعا وحسا فان دخل بها بجماع في القبل فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر له اعتبره بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة اذا امتنع الرد ونحن نقول المسمى في ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لعدم التسمية واورد عليه لزوم التناقض لانك اسقطت اعتبار التسمية اذا زادت على مهر المثل ثم اعتبرتها اذا نقصت منه فان كانت فاسدة يجب شمول العدم وان كانت صحيحة يشمله الوجود واجاب المورد بانها صحيحة من وجه فاسدة من وجه صحيحة من حيث ان المسمى مال فاسدة من حيث انها وجدت في عقد فاسد فاعتبرنا فسادها اذا زادت وصحتها اذا نقصت للانضمام رضانا والحق ان هذه التسمية ليست الا فاسدة وقد صرح المص بطلانها اذ ليس معنى فساد التسمية الا كون المسمى ليس بمال او وقوعه في عقد فاسد كل منهما يستقل بفسادها ولفسادها وجب المصير الى مهر المثل لانه القيمة للبضع شرعا وتقرير الكتاب لا تجب الزيادة لعدم التسمية اي لانها لم تسمها وكانت راضية بالحط مسقطة حقها في الزيادة الى تمامه حيث لم تسم تمامه واذا علمت فساد التسمية علمت ان المصير في العقد الفاسد الى مهر المثل بالدخول اتفاقا بيننا وبين زفر وغير انه يوجبه بالغا ما بلغ ونحن لا نجاوز به المسمى لما ذكرنا فوجه الاستدلال ان يقال سلمنا ان الواجب فيه مهر المثل لكنها رضيت باسقاط بعض حقها وترك باقي المقدمات لانه لا حاجة اليها بل لا تصح لان قوله انما يتقوم بالتسمية ان اراد في النكاح الصحيح فالحصر ممنوع بل تارة بها وتارة بمهر المثل وان اراد في الفاسد فقد ظهر انها لا تصح فيه حتى صار خاليا عن التسمية ووجب مهر المثل غير انها اعتبر حطها فان قيل لم اعتبر رضاها بالحط ولم يعتبر رضاها بالزيادة فلم يوجبوا المسمى اذا زاد على مهر المثل فالجواب انا لو اوجبناه فاما لانه مسمى وقد بطل واما لرضاه ومجرد رضاها بالتمليك لا يثبت لزوم القضاء به لان به لا يدخل في ملك الآخر بل بالقبض بخلاف الرضا بالحط لانه اسقاط فيتم بالواحد وعلى هذا لا تتم المعارضة لزفره بما في الترمذي وغيره من

وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح وترفعها بالتفريق ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه

قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل الحديث فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها وكان وجوب مهر المثل اصلا في كل نكاح فاسد لما قدمناه في باب الاولياء والاكفاء فصرح لا يصير محصنا بهذا الدخول لا عند ابي ثور واجمعت الامة على انه لا يكون محصنا في النقد الصحيح الا بالدخول ثم لو تكرر الجماع لم يلزمه سوى مهر واحد وهو ما ذكرنا بخلاف ما اذا تكرر وطي الابن الجارية الاب وادعى الشبهة فانه يلزمه بكل وطي مهرا لاصل ان الوطي في غير الملك ان كان لشبهة اشتباه تعدد المهر بتكرره وان كان لشبهة ملك لا يتعدد بتعدده ففي جارية الاب وجارية الزوجة اذا وطيها الزوج الثاني في حقهما شبهة الاشتباه فيتكرر بتكرره وفي جارية الابن اذا وطيها الاب والمكاتبة اذا وطيها السيد والزوجة في النكاح الفاسد وفي النكاح الصحيح اذا ظهر بعد تعدد الوطي انه كان حلف لطلاقها الثابت في حقهم شبهة الملك وتقرر الوطي في الملك لا يتعدد به المهر فكذا في شبهته واما اذا وطي احد الشريكين الجارية المشتركة مرارا قال الشيخ حسام الدين لم يذكر في الكتاب وكان الشيخ برهان الدين والذي يقول يتعدد المهر لانه في النصف الآخر ليس له شبهة ملك فصار بمنزلة جارية الاب في حق الابن ولو وطيها بعد التفريق في النكاح الفاسد يحد لانتفاء الشبهة ولو زنى بامرأة وتزوجها وهو مخالطها ثم اتم الجماع لزمه مهران مهر المثل بالزنا لما سقطت عنه الحد حين تزوجها قبل تمامه والمهر المسمى بالنكاح وان طلقها في الحال لان هذا اكثر من الخلوة وفي الخلاصة في الجنس الخامس من فصل المهر لو وطي المعتدة عن طلاق ثلث وادعى الشبهة يلزمه مهر واحد ام لكل وطي مهر قيل ان كانت الطلقات الثلاث جملة فظن انها لم تقع فهو ظن في موضعه فيلزمه مهر واحد وان ظن انها تقع لكن ظن ان وطيها حلال فهذا ظن في غير موضعه فيلزمه بكل وطي مهر وفي نوادر هشام عن محمد رحمه الله اشترى جارية فوطيها مرارا ثم استحقت فعليه مهر واحد وان استحق نصفها فعليه نصف المهر وفي آخر حدود خواهر زاده الصبي اذا زنى في بصيبة فعليه المهر وان اقر بذلك لا مهر عليه واذا زنى الصبي ببالغة مكرهة عليه المهر وان دعته الى نفسها لا مهر عليه ولو دعت صبية صبيا عليه المهر وكذا لو دعت امة صبيا والمراد من المهر العقر قوله وعليها العدة يعني اذا فارقها وقد دخل بها لا بمجرد الخلوة لانها لا تقام مقام الوطي في النكاح الفاسد وينبغي ان لا يجب عليها الاحداد في الاصل فيما اذا دخل الرجل على غير امرأته فدخل بها قال عليه مهر لها لانه دخل بها بشبهة النكاح لان خبر الواحد حجة في المعاملات فتصير شبهة تسقط الحد ويجب المهر قال وعليها العدة ويثبت نسب ولدها منه ولا تنقضي في عدتها ما تنقضي المعتدة بنحوه قضى رضي الله عنه ولان الحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وليس ذلك في الوطي بشبهة ولا نفقة في هذه العدة لان وجوبها باعتبار الملك الثابت بالنكاح وهو منتف هنا ولانها النفقة التي كانت واجبة باصل النكاح تبقى في العدة ولم يكن عليه نفقة مستحقة هنا لتبقى ولا يرجع بالمهر على الذي اوطئها عليه لانه هو المستوفي للبدل ولو كانت هذه اخت امرأته حرمت عليه امرأته الى انقضاء عدتها قوله ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر الوطيات هو الصحيح احتراز عن قول زفر لانها انما تجب باعتبار شبهة النكاح ورفع هذه الشبهة بالتفريق او بالافتراق بالمتاركة اذ لا يتحقق الطلاق في النكاح الفاسد فلا يرتفع الا بما قلنا ولا تتحقق المتاركة الا بالقول بان يقول تاركتك او خليت سبيلك او خليتها او تركتها او تمضي على ذلك سنون لم يكن لها ان تتزوج بآخر قال الشيخ الامام فخر الدين قاضيخان هذا في المدخول بها اما غيرها فيفترقان بان لا يعود اليها ولكل منهما فسخ الفاسد بغير حضور الآخر وقيل بعد الدخول ليس له ذلك الا بحضور الآخر وعلم غير المتارك ليس شرطا لصحة المتاركة على الاصح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا روي ذلك عن ابي يوسف واختار الصفار قول زفر حتى لو حاضت ثلث حيض من آخر الوطيات قبل التفريق انقضت العدة وعندنا ما لم تحضها بعد التفريق او المتاركة لم تنقض ويجب

وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداع اليه والاقامة باعتبار الوطء قال
ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبناتها اعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط ومن
اقارب الاب لان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر باخواتها اذا لم تكن من
قبيلتها لما بينا فان كانت الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها ايضا او يعتبر في مهر المثل ان
تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه
الاوصاف ولكن يختلف باختلاف البلد والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه
يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح

ان يكون هذا كله في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى فاذا علمت انها ماضية بعد آخر وطئ ثلثا ينبغي ان تحل لها التزوج فيما بينها وبين الله تعالى على قياس
ما قدمنا من نقل النتابي وفي الفتاوى لا تجب عدة الوفاة من النكاح الفاسد **قوله** وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان
النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء والاقامة اي اقامة العقد مقام الوطء باعتباره وهذا جواب عن قياسها على الصحيح وذكر في الاصل تزوجت الامة بغير
اذن مولاها ودخل بها وجاءت بولد لستة اشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فاعتبره من وقت النكاح ولم يكن خلافا قال شيخ الاسلام
تأويل هذا ان الدخول كان عقيب النكاح بلا مهلة قال في الغاية واعتبر العدة من وقت التفريق وكان الاحوط في النسب من وقت التفريق ايضا لان
وقت الدخول لان العدة للنسب قال مشايخ الكبار لو لم نعتبر وطئا من وقت النكاح لم يثبت نسبه بحكم العقد اقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء
حتى لو جاءت بولد لستة اشهر من وقت العقد ولاقل منها من وقت الوطء ثبت نسبه كما في الصحيح ولا ينافي ذلك اعتبارها من وقت التفريق الا يرى انها لو جاءت بولد
لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها وهي معه ثبت نسبه ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت كذا الوفاة بعد عشر سنين لا يمكن الاعتبار لوقت التفريق لا غير ولو خلى بها
ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة في رواية عن ابي يوسف رحمه الله لا يثبت لا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر رحمه الله وان لم يخل بها لا يلزمه الولد انتهى والحاصل ان العبرة
من وقت التفريق اذا وقعت فرقة وما لم يقع فمن وقت النكاح او الدخول على الخلاف **قوله** لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها قاله في المغرب
وقدمنا تخريجه وقوله وهي اقارب الاب ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء على ان الظاهر من اضافة النساء اليها باعتبار قرابة الاب لان الانسان
من جنس ابيه ولذا صحت خلافة ابن الامة اذا كان ابوه قرشيا وعلى هذا كان الاولى اسقاط الواو في قوله ولان الانسان من جنس قوم ابيه ليكون
وجه كون الاضافة المذكورة تعين كون من اقارب الاب ظاهرا وهذا لان جعله وجها مستقلا يصح الا ان يكون الدليل الاول مستلزما للمطلوب لان
مجرد اضافة النساء اليها لا يستلزم كون النساء المضافة اقارب الاب بل كما يصح ان يقال لعماتها واخواتها نساؤها يصح ان يقال لخالاتها ايضا
واخواتها لامها فانما يرجح جهة ارادة الاب المقدمة المذكورة **قوله** ويعتبر في مهر المثل ان تتساويا في الجمال يعني بحسب تحقق القرابة المذكورة لا يثبت
صحة الاعتبار بالمهر حتى تتساويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة وادبا وكمال خلق وعدم والد في العلم ايضا فلو كانت
من قوم ابيها لكن اختلف مكانهما او زمانهما لا يعتبر مهرها لان البلدين يختلف عادة اهلهما في المهر في غلائه ورخصه فلو زوجت في غير البلد الذي
زوج فيه اقاربها لا يعتبر بمهورهن وقيل لا يعتبر الجمال في بنت الحسب والشرف بل في اوساط الناس وهذا اجيد وقالوا يعتبر حال
الزوج ايضا اي بان يكون زوج هذه كازواج امثالها من نسائها في المال والحسب وعدمهما فان لم يكن واحدة من قوم الاب بهذه الصفات
فاجنبية موصوفة بذلك وفي الخلاصة ينظر في قبيلة اخرى مثلها اي مثل قبيلة ابيها وعن ابي حنيفة رحمه الله لا يعتبر بالاجنبيات ويجب حمله على ما اذا كان لها
اقارب والا امتنع القضاء بمهر المثل وفي المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين او رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على
ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه وفي شرح الطحاوي مهر مثل الامة على قدر الرغبة **قوله** واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه يقيد كون الضمان
في الصحة اما في مرض الموت فلا لانه تبرع لوارثه في مرض موته ويشمل ولي الصغير زوجه وضمن عنه وولي الصغيرة زوجها وضمن لها وقوله
ثم المرأة بالخيار في مطالبة زوجها او وليها هو على التقدير الثاني وقوله ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان باذنه مفهومه ان الزوج
اجنبي او في حكمه كولده الكبير وهذا لانه لا يرجع اذا ادى عن ابنه الصغير فيما اذا زوجه وضمن عنه للعرف يتحمل صغار الصغار اللهم الا ان يشهد

[illegible] في مطالبتها زوجها او ولها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره
لانه مؤد عنه في الكفالة وكذلك يضمن هذا الضمان وان كانت الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير
ضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد ومباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قبضه بعد بلوغه فلو ضمن الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة
لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها اذ لا يصير ضامنا لنفسه **قال** وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ
منعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها
من السفر واخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق

انه يرجع ليرجع في اصل الضمان **قوله** ثم المرأة بالخيار في مطالبتها يعني اذا بلغت زوجها يعني اذا كان بالغا وان لم يكن بالغا فالولي مطالبته ايضا
ضمن او لم يضمن كما في شرح الطحاوي والتتمة وذكرنا انه اذا ادى لا يرجع ما لم يشهد على اشتراط الرجوع في اصل الضمان ولا يخفى ان هذا مقيد
بما اذا لم يكن للصغير مال هذا والمذكور في المنظومة في باب جواب مالك من ان يضمن الاب مهر ابنه الصغير بالضمان ونحن نخالفه بخلاف الطلاق
شرح الطحاوي وذكر في المصفى جوابه فقال قلنا النكاح لا ينفك عن لزوم المال اما يتنكك عن ايفاء المهر في الحال فلم يكن من ضرورة الاقدام
على تزويجه ضمان المهر عنه فهذا هو المعول عليه وان ضمن الوصي يرجع مطلقا فلو لم يؤد الاب في صورة الضمان حتى مات فهي بالخيار بين اخذه من
تركته بين مطالبة زوجها فان اختارت تركته فاخذت اجزأ لها في الورثة الرجوع في نصيب الصغير وقال زفر ليس لهم الرجوع لان هذه الكفالة لم تنعقد
موجبة للضمان على الصغير لوقوعها بلا امر من المكفول عنه اذ لا يعتبر اذنه ولو اذن وعن ابي يوسف رحمه الله كقوله فيما ذكر والولوالجي قلنا بل صدرت
بامر معتبر من المكفول عنه لثبوت ولاية الاب عليه فاذن الاب اذن منه معتبر واقدامه على الكفالة دلالة ذلك من جهته بخلاف ما اذا ادى عنه في حياته
لان تبرع الاب بالمهر متأد وقد انقضت الحياة قبل ثبوت هذا التبرع فيرجعون وكذا يرجعون اذا ادى في مرض موته والمجنون كالصبي في جميع ذلك
لانه مولى عليه سواء كان الجنون اصليا او طاريا وانما صح ضمان وليها اذا كان ابا او جدا مع انه المستحق لقبض صداقها والمطالبة به لان الولي في النكاح
وان باشر سفير كالوكيل بخلاف ما لو باع مال الصغير لا يصح ضمان الثمن لانه مباشر فترجع الحقوق اليه حتى يطالب بالثمن ويخاصم في الرد بالعيب ويتسلم
المبيع ويصح تأجيله وابراؤه من الثمن عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن مثله في ماله فلو صح ضمانه كان ضامنا لنفسه مقتضيا مقتضا فان قيل لا يسلم عدم رجوعها
اليه في النكاح الا يرى ان له المطالبة بمهرها اجاب المصنف بقوله وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة لا باعتبار انه عاقد لانه متأد ولذا لا يملك قبضه بعد
بلوغها اذا نهته عن ذلك اما اذا لم تنهه فله المطالبة بخلاف البيع فان له القبض بعد بلوغه دون الصبي ثم لا يشترط احضار الزوجة لقبض الاب مهرها عندنا
خلافا لزفر ولابي يوسف في قوله الآخر وفي المرغيناني لا يشترط ولم يذكر خلافا وقدمنا في قبض مهر الكبيرة البالغة فروعا استوفينا ما في باب الاولياء والاكفاء
فارجع اليها وما لم تذكره هناك لو قبض الاب المهر ثم ادعى الرد على الزوج ان كانت بكرا لم يصدق الا ببينة لان له حق القبض وليس له حق الرد والخيانة
فيها صدق لان حق القبض ليس له فاذا قبض بامر الزوج كانت امانة عنده من الزوج فتقبل دعواه الرد كالمودع اذا قال رددت الوديعة **قوله**
ولها ان تمنع نفسها من الدخول بها ومن ان يسافر بها حتى يوفيها معجل مهرها ليتعين حقها في البدل كما تعين حقه في المبدل يعني لا يتعين حقها الا بالتسليم
وهذا التعليل لا يصح الا في الصداق الذي هو المال كما لو تزوجها على عبد بعينه فلا لانها بالعقد ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه وقوله اي
المعجل منه بتناول المعجل عرفا وشرطا فان كان قد شرط تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله او بعضه فبعضه فان لم يشترط تعجيل شيء
بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله فان كان عرف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه الى الموت او الميسرة او الطلاق فليس لها ان تحبس الا الى تسليم ذلك القدر
قال في فتاوى قاضيخان فان لم يعينوا قدر المعجل ينظر الى المرأة والى المهر انه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيعجل ذلك القدر
بالربع والخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما اذا شرطا تعجيل الكل فلا عبرة بالعرف اذا كان الصريح بخلافه مثل
هذا في غير نسخة من كتب الفقه فاوقع في غاية البيان من اطلاق قوله فان كان يعني المهر شرطا التعجيل او مسكوتا عنه يجب حالا ولها ان تمنع نفسها
حتى يعطيها المهر ليس بواقع بل المعتبر في المسكوت العرف هذا ولا يجب ان يسافر بالبكر قبل ايفائه في الفتاوى بل زوج بنته البكر البالغة

[illegible]

قال ومن تزوج امرأة [illegible] الآن يأتي شيء قبل [illegible] الآن يأتي شيء يلذ به الظاهر فيه وهذا الآن يقوم مقام [illegible] الظاهر الطارئ شاهد لمن يشهد له محمد المثل لأنه هو [illegible] في باب الكلام [illegible] الثوب إذا اختلفا في مقدار الأجر يحكم فيه قيمة الصبغ

ثم إذا أن تحول إلى بلد آخر إلى بلد آخر فإن يحملها معه إن كره الزوج فإن أعطاه المهر كان له يحبسها **قوله** وليس له حق الاستيفاء كل من الزوج والمرأة له حق الاستيفاء وعليه إيفاء كما إذا استيفاء منافع البضع وعليه إيفاء المهر كذلك لهما استيفاء المهر وعليهما إيفاء منافع البضع فقد يقال به الدليل فيقال ليس لها حق استيفاء المهر قبل إيفاء منافع البضع والجواب أن هذا وقع في تعليل حسن إياها لأن شبهة الاستيفاء تنتفي كل منهما لو طلب بإيفاء ما عليه كان له الامتناع إلى استيفاء ماله ويستلزم تمام الحقوق فوات المقصود ومثله لو طالبها بإيفاء الدخول فقالت حتى أستوفي المهر وكان لها ذلك إلا أنه يقول إلا أنه حتى أستوفي منافع البضع وهي تقول مثله لزم ما ذكرنا والصواب أن هذا التعليل بعد الإلحاق بالبيع وأن البضع كالمبيع والمهر كالثمن كما علمت أن في بيع المقايضة لكل منهما الامتناع فيقال لهما سلما معا ومثله الإتيان في النكاح إذا كان المهر عينا فلو وفي سنة الطلاق والإطلاق الجواب بأن لها الامتناع إلى أن تقبض هذا ولو كانت الزوجة صغيرة فطلب منها عن الزوج إلى أن يعطي المهر لوليها جاز غير الأب والجد لأن هي صغيرة وليس أن يسلمها إلى الزوج قبل قبض الصداق ويقبضه من له ولاية القبض فإن سلمها قبل التسليم فاسد ترد إلى بيتها لأنه ليس للمهر ولاية النقل حتى لا يأتي في الجنس في رمز واقعات الناطفي ولو ذهبت الصغيرة إلى بيتها بنفسها كان لمن كان الحق بأن كان قبل الزوج أن يمنعها حتى يعطيها ما يقبضه من له ولاية القبض لأن هذا الحق ثابت للصغيرة وليست هي من أهل الرضا **فرع** إذا كان يسكن في بيت الغصب بأن تمتنع من الذهاب إليه فيه ولا تسقط به نفقتها **قوله** ولو كان كله موجلا مدة معلومة أو قليلة الجهالة كالحصاد ونحوه بخلاف ذلك في البيع وبخلاف المعاشرة في الميسرة وهبوب الريح حيث يكون المهر حالا ليس لها أن تمنع نفسها قبل الحلول ولا بعده لأن هذا التقابل أوجب لها حق الحبس فيثبت بعده وكذا لو حالت بعد العقد مدة معلومة لاشتراطها احتمالا بالتأجيل كما في البيع إذا أجل الثمن ليس له منع المبيع إلى غاية القبض وفيه خلاف أبي يوسف فيما رواه المعلى عنه لأن موجب النكاح تسليم المهر ولا فلا رضي بتأجيله كان راضيا بتأخير حقه لعلمه بموجب العقد بخلاف البيع فإن تسليم الثمن أولا ليس من موجباته كما في المقايضة واختار الولوالجي الفتوى به وهذا إذا لم يشترط الدخول في العقد قبل الحلول فإن شرط عليها الامتناع بالاتفاق **قوله** وإن دخل بها قبل الإيفاء رضيت وهي ممن يعتبر رضاها فكذلك عند أبي حنيفة أي ليس لها حبس نفسها حتى تستوفي المهر خلافا لهما وعلى هذا الخلاف لو دخل بها وهي صغيرة أو مجنونة فبلغت وصحت وزال الإكراه يكون لها حبس نفسها بعده وعلى هذا الخلاف الخادم وهي راضية ما لا يسقط حقها في حبس نفسها خلافا لهما وعلى هذا الخلاف **قوله** وإذا أوفاها مهرها وكان موجلا نقلها حيث شاء من بلاد الله وكذا إذا وطئها رضاها عند أبي حنيفة وقيل الأخير إلى بلد من بلدانها التي هي يوفي واختاره الفقيه أبو الليث فقال ظهير الدين المرغيناني لأنه في كتاب الله أولى من الآخر قول الفقيه يعني قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من الشافعي فقول الفقيه لأن النص مقيد بعدم المضارة لقوله تعالى ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن والنقل إلى بلد آخر مضارة فيكون قوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم مما لا مضارة فيه وهو ما يكون من جوانب مصره أو القرى القريبة التي لا تمنع عند منعه من المصالح التي من القرى والسواد في البصرة قال بعض المشايخ إذا وفاها المجاز [illegible] فإن [illegible] **قوله** ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر [illegible] في قدره [illegible] وكل منهما [illegible] في حال الحياة أو بعد الموت [illegible] وكل منهما [illegible] في حال الحياة في قدره بعد الدخول قبل الطلاق وبعده حكم مهر المثل فمن كان [illegible]

قوله وهو ظاهر الشرح

الفقه وذهب ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولها لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فيحكم بصورة وجه التوفيق انه وضع المسئلة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ والعادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في المائة والعشرة ومتعة مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير سكت عن ذلك القدر فيحمل على ما هو المذكور في الاصل

قيمة ان في الفصول كلها ويحكم مهر المثل وقال ابو يوسف القول للزوج مع يمينه في الكل الا ان يأتي بشيء قليل وفسره المصنف وجماعة بان يذكر ما لا يتعارف مهرا لها وقوله الصحيح احتراز عن قول من قال ان يذكر ما لا يصلح مهرا شرعا اعني ان يذكر ما دون العشرة لانه ذكر هذا اللفظ في البيع فيما اذا اختلفا في الثمن بعد الهلاك فالقول للمشتري الا ان يأتي بشيء مستنكر وليس في الثمن تقدير شرعي وقد يقال ذلك لتعين كون الاستنكار بذلك الطريق لو لم تصور المستنكر بطريق آخر اما هنا فكما يتصور المستنكر عرفا يتصور شرعا ويجاب بان المستنكر شرعا داخل في المستنكر عرفا فانما يستنكر شرعا يستنكر عرفا ولا عكس فحيث اعتبرناه عرفا فقد اعتبرناه شرعا وزيادة فصار الحاصل من قولنا الى ما يستنكر مطلقا لا يكون القول قوله فيه سواء كان عرفا او شرعا ولانه لو كان شرعا لم يتحقق لانه اذا ادعى خمسة كملت عشرة ولنا كلامه لان العشرة في كونه مهرا شرعا لا يتجزى فتسميته بعض ما لا يتجزى شرعا كتسميته كله فلا يتصور ان يأتي بالمستنكر وليس هذا بشيء لان عدم تصحيح الخمسة مثلا وجعل القول قوله وتكميلها عشرة هو لانه يأتي بما يستنكر فقد تصور ورجح الوبري تفسير هؤلاء البعض بانه ذكر في الرجوع عن الشهادة لو ادعى انه تزوجها على مائة وهي تدعي الفا ومهر مثلها الف واقام البينة ثم رجع الشهود لا يضمنون عند ابي يوسف رح لانه لولا الشهادة لكان القول له ولو لم تجعل المائة مستنكرا في حقها يعني مع ان التسمية العشرة مستنكر فيمن قيمتها عشرة امثاله وان اختلفا بعد الطلاق قبل الدخول حكم متعة مثلها على التفصيل المذكور في تحكيم مهر المثل على رواية الجامع الكبير ووجب نصف ما يدعيه الرجل بعد يمينه عليه ما في الاصل والجامع الصغير وقال ابو يوسف القول للزوج الا ان يأتي على امر والاختلاف بينهم في ان القول قول من يشهد له الظاهر على ما عرف في غير موضع وكما يفيده قول المصنف والتعليل من ابي يوسف الا ان يأتي بشيء يكذبه الظاهر فنفى كون القول له لانتفاء الظاهر معه وانما اختلفوا لاشتباه الظاهر هنا انه مع من فقالا مع من يشهد له مهر المثل لان الغالب في المسمى في الانكحة الا ان يكون اقل منه وهذا اوجه من قول المصنف لانه الموجب الاصلي لان كونه يفيد الظهور لمن هو من جهته ليس بذلك الاعتبار بل بما ذكرنا وقال ابو يوسف مع من يشهد له الاصل براءة الذمة وانما اعتبر الشاهد هنا مهر المثل لانه القيمة الضرورية للبضع اذ ليس كالمال وانما يقوم اظهارا لشرفه فيتقدر بقدر الضرورة وهي فيما اذا لم يتيقن بثبوت مسمى وهنا يتيقنه وهو ما اقر به الزوج فيكون القول له ويحلف على نفي دعواه وصار كالاختلاف في قدر المسمى في الاجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار الى تحكيم اجرة المثل لان تقوم المنافع ضروري فلم يصر اليه حيث امكن المصير الى المسمى فكان القول لمن يدعي الاقل فكذا هذا وهما يقولان تقومه شرعا اظهارا للخطر يوجب الرجوع اليه عند التردد في المسمى لا نفيه بل هو احق من التقوم الذي يثبت بسبب المالية لان ذلك يقبل الابطال بخلاف هذا واما القصار ورب الثوب اذا اختلفا في الاجرة فليس لفعله موجب في الاجر بدون التسمية ليصار الى اعتباره وللنكاح موجب فهو اشبه باختلاف الصباغ ورب الثوب في المقدار مما ذكر وفيه تحكم قيمة الصبغ واما قوله تيقنا التسمية وهي ما اقر به الزوج فليس بذاك بل المتيقن احدهما غير عين وهو لا ينفي الرجوع اذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء باحدهما عينا **قوله** ثم ذكر هنا اي في الجامع الصغير ان القول للزوج في نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول وكذا في الاصل وفي الجامع الكبير يحكم المتعة وقد قدمناه ووجه التوفيق ظاهر من الهداية وحاصله يرجع الى وجوب تحكيم المتعة الا في موضع يكون ما اعترف به اكثر منها فيؤخذ باعترافه ويعطى نصف مهر المثل ووجه ما ذكر ان المتعة موجبة بعد الطلاق قبل الدخول فتحكم مهر المثل وقد يمنع بان المتعة موجبة فيما اذا لم يكن فيه تسمية وهنا اتفقا على التسمية فقلنا

وفي ما اقر به الزوج فليس القضاء باحدهما عينا

وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا
او اقل فالقول قوله وان كان الفين او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه
الاول تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا وخمس مائة
تحالفا واذا حلفا تجب الف وخمس مائة هذا تخريج الرازي رح وقال الكرخي رح يتحالفان في الفصول الثلثة ثم يحكم مهر المثل
بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما وعنده تقرر القضاء
بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حيوتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما

بيقاء ما اتفقا عليه وهو نصف ما اقر به الزوج ويحلف على نفي دعوى الزائد وعلى هذا فلا يتم ذلك التوفيق بل يتحقق الخلاف ولهذا قيل
في المسئلة روايتان لكن ما ذكر في جواب قول ابي يوسف رح انفا يدفعه **قوله** وشرح قولهما اذا ادعى الفا وهي الفين ومهر مثلها الف واقل
فالقول له مع يمينه بعد ما تزوجها على الفين فان حلف لزمه ما اقر به تسمية اي لا تخير فيها بين ان يعطيها دراهم او قيمتها ذهبا وان نكل لزمه
الفان مسمى لان النكول اقرار او بدل على الخلاف وكلاهما تقتضيه تسميته وان كان مهر مثلها الفين او اكثر فالقول لها مع يمينها بعد
ما تزوجته على الف وان نكلت فلها ما اقر به تسمية لاقرارها به وان حلفت فلها ما ادعت قدر ما اقر به
تسمية لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل تخير فيه الزوج بين الدراهم والذهب لان يمينها لدفع الحط الذي يدعيه هو ثم وجوب
الزائد بحكم انه مهر المثل وايهما اقام البينة قبلت في الوجهين فيما يدعيه بتسميته فان اقاماها فبينتها اولى في الوجه الاول لاثباتها الزيادة
وبينته في الثاني لاثباتها الحط وان نص محمد رح في هذا ان بينتها اولى لاثباتها الزيادة كالفصل الاول كذا في جامع قاضيخان وجه الاول
ان الزيادة ثابتة بحكم مهر المثل وانما اثبتت بينتها تعيينها دراهم وذلك وصف في الثابت وبينته مثبتة بخلاف الظاهر وهو الحط فهو المثبتة
للزيادة بطريق الاصالة وكانت اكثر اثباتا من المثبتة للوصف وان كان مهر مثلها بين الدعويين الف وخمسمائة فان لم يكن لهما بينة تحالفا وايهما
نكل لزمه دعوى الآخر وما وقع في النهاية من ان الزوج اذا نكل يلزمه الف وخمسمائة كانه غلط من الناسخ وان حلفا يجب مهر المثل قدر ما اقر به تسمية
والزائد يخير فيه فان اقام احدهما البينة يثبت ما يدعيه مسمى وان اقاماها تهاترتا في الصحيح لاستوائهما في الاثبات والدعوى ثم يجب مهر المثل ويخير فيه
كله لان بينة كل منهما تنفي تسمية الآخر فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل بخلاف التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق وذكر
قاضيخان انه كفصل التحالف هذا كله تخريج الرازي وقد ذكرنا ان على تخريج الكرخي يتحالفان في الفصول كلها ثم يحكم
مهر المثل بعد ذلك والاحسن ان يقال يتحالفان ثم يعطى مهر المثل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتاخرين لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية
وبالتحالف ينتفي يمين كل دعوى صاحبه يبقى العقد بلا تسمية فيجب مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازي اولى لانا لا نحتاج الى مهر المثل
للايجاب بل ليبين من يشهد له الظاهر فيكون القول له مع يمينه فلا حاجة الى التحالف ويقرع في التحالف لابتداء الاستحياء ولو بدأ بايهما كان
جاز وقال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف يبدأ بيمين الزوج لانه كالمشتري والمهر كالثمن وفي المتبايعين يبدأ بيمين المشتري وانه يهب
الايجابي **قوله** ولو كان الاختلاف في اصل المسمى في حال الحيوة بان ادعاه احدهما ونفاه الآخر يجب مهر المثل بالاجماع ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول
تجب المتعة بالاتفاق لانه هو الاصل عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رح وعند ابي يوسف رح تقرر القضاء بالمسمى لان القول لمنكر التسمية مع يمينه
فيصار الى مهر المثل والمشكل كون مهر المثل هو الاصل عند محمد بل هو مع ابي يوسف رح في ان المسمى هو الاصل على ما صرح هو في
مسئلة ما اذا تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد واحدهما او كس وما ذكر من ايجابه مع ابي حنيفة رح مهر المثل لا يستلزم كونه بناء عليه فقد اشرنا
الى انه ليس في معه الظاهر بناء على ان العادة كون المسمى لا ينقص عن مهر المثل الا نادرا لكنا مننعنا في تلك المسئلة ثبوت اختلافهم في
ان الاصل هو مهر المثل بل الاتفاق عليه ولا ينتفي بذلك الخلاف فلا يشكل على هذا كون الاصل مهر المثل عند محمد رح كما هو عند ابي حنيفة بل الاولى ان
يعلل الكل به والمسئلة اتفاقية **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما اي حال قيام النكاح في الاصل والمقدار

ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يثبت القليل وعند ابي يوسف رح القول قول الورثة الا ان يأتوا بشيء قليل وعند محمد رح الجواب فيه كالجواب في حالة الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول قول من انكره فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد ان شاء الله واذا مات الزوجان وقد سمى لهما مهرا فلورثتهما ان يأخذوا ذلك من ميراثه وان لم يسم لهما مهرا فلورثتهما عند ابي حنيفة رح وقالا لورثتهما المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تأكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انهما ماتا او لا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رح ان موتهما يدل على التراضي اقرانهما فيهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امرأته شيئا

ومن كان القول له لو كان حيا يكون لورثته وفي الاصل يجب مهر المثل بعد الدخول وقبله بعد الطلاق المتعة لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولهذا يجب في المفوضة مهر المثل بعد موت احدهما بالاتفاق **قوله** ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول لورثة الزوج عند ابي حنيفة كابي يوسف حال الحيوة الا ان ابا حنيفة لم يثبت القليل وهذا السقوط اعتبار مهر المثل بعد موتهما عند ابي حنيفة وعند محمد الجواب بعد موتهما كالجواب في حال الحيوة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة رح القول لمن انكره ولا يقضى بشيء وعندهما يقضى بمهر المثل وبه قال مالك والشافعي واحمد رح وعليه الفتوى لكن الشافعي يقول بعدم التحالف وعندنا وعند مالك واحمد لا يجب التحالف **قوله** على ما نبينه يعني في المسألة التي تليها من غير فصل وهي ما اذا مات الزوجان وقد سمى لهما مهرا ثبت ذلك بالبينة او بتصادق الورثة فلورثتهما ان يأخذوا ذلك من ميراث الزوج هذا اذا علم ان الزوج مات اولا او علم انهما ماتا معا او لم تعلم الاولية لان المهر كان معلوم الثبوت فلما تيقن بسقوط شيء منه بموت المرأة اولا لا يسقط واما اذا علم انها ماتت اولا فيسقط منه نصيب الزوج لانه ورث دينا على نفسه فعلم بهذا ان المستثنى منه المحذوف في قوله الا اذا علم الخ هو الصور الثلث التي ذكرنا ما كذا في النهاية والصواب ان المستثنى منه جميع الصور لان التقدير لورثتهما ان يأخذوا ذلك في جميع الصور الا في صورة العلم بموتهما قبله لان المستثنى منه هو العام ولو كان الصور الثلث مستثنى منها كان اخذ الورثة الما هو في بعض الثلث لا كلها **قوله** فان لم يسم لهما شيئا فلا شيء لورثتهما عند ابي حنيفة وقالا لهم مهر المثل واستدل ابو حنيفة في الكتاب فقال ارأيت لو ادعى ورثة علي على ورثة عمر مهرا ام كلثوم بنت علي اكنت اقضي فيه بشيء وهذا اشارة الى انه انما لا يقضى به عند تقادم العهد لان مهر المثل يختلف باختلاف الاوقات فاذا تقادم العهد يتعذر على القاضي الوقوف على مقداره وايضا يؤدي الى تكرر القضاء به لان النكاح القديم قد يكون مشهورا وهو ما ثبت بالتسامع فيدعي ورثة ورثة الورثة على ورثة ورثة الورثة فاو قضى به ثم تأخر العصر فادعى الورثة الذين وجدوا بعد ذلك زمان آخر ايضا يقضى به ايضا ثم وثم فيفضي الى ما قلنا اما اذا لم يتقادم فيقضى بمهر المثل وطريق آخر ان مهر المثل قيمة البضع فيشبه المسمى ويجب بغير شرط فيشبه النفقة فللشبه الاول لا يسقط اصلا وللشبه الثاني يسقط بموتهما وبموت احدهما فقلنا يسقط بموتهما اعمالا لشبه النفقة ولا يسقط بموت احدهما اعمالا لشبه المسمى توفيرا على الشبهين حظهما وهذا يقتضي ان لا يقضى به وان كان العهد قريبا وما قبله اوجه وقال مشائخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت ثم وقع الاختلاف في حال الحيوة او بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها بدان تقري بما تعجلت والا حكمنا عليك بالتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا **قوله** فالقول قوله اي مع يمينه **قوله** ومن بعث الى امرأته شيئا ثم قال من حقك وقالت هدية فالقول قوله لانه الملك فكان اعرف بجهة التمليك لا فيما يكون مهيأ للاكل لان الظاهر يتخلف عنه فيه والقول انما هو قول من يشهد له الظاهر والظاهر في مثله المتعارف ان يبعثه هدية والمراد منه نحو الطعام المطبوخ والشوي والفواكه التي لا تبقى والحلوا والخبز والدجاج المطبوخ فاما الحنطة والشعير والعسل والسمن والجوز واللوز والدقيق والسكر والشاط الحية فالقول فيه قوله واذا حلف المرسل فالمرسل قائم ان كان من غير جنس حقها ولم يرضها ببيعه بالصداق ياخذه وان كان هالكا لا ترجع بالمرسل بما بقي ان كان يبقى بعد قيمته شيء ولو بعث هو وبعث ابوها ايضا ثم قال هو من المهر فالباب ان يرجع في هبته ان كان من مال نفسه وكان قائما وان كان هالكا لا يرجع وان كان من مال ابنته باذنها فليس لها الرجوع لانه هبته منها وهي لا ترجع فيها وهبت لزوجها وفي فتاوى اهل سمرقند بعث اليها هدايا وعوضت المرأة ثم رفعت اليه ثم فارقها وقال بعثتها اليك عارية واراد ان يستردها واراد ان يمسكها

فقالت معهدية به فقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو الملك وكان يعرف عين التمليك كيف ولان الظاهر انه يقضي في اسقاط الواجب

العوض فالقول قوله في الحكم لانه انكر التمليك واذا استرده تسترد ما عوضته هذا والذي يجب اعتباره في ديارنا ان جميع ما ذكر من الحنطة والتمر والدقيق والسكر والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة لان المتعارف في ذلك كله ارسال هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا في نحو الثياب والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذي ذكرنا في فتاوى اهل سمرقند وكذا البنت فيما اذا اذنت في بعثه تعويضا هذا اذا كان بعثها عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر انه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما والله سبحانه اعلم **قوله** وقيل ما يجب بخلاف الخف والملاءة لا تجب عليه اذ لا يجب عليه تمكينها من الزوج بل يجب منعها الا فيما سنذكره فيما بعد انشاء الله تعالى يجب عليه الخف والملاءة لامتهانها كون الظاهر يكذبه في نحو الدرع او الخمار انما ينفي احتسابه من المهر لا من حق آخر كالكسوة **فرع** جهز بنته وزوجها ثم ادعى انما دفعه لها عارية وقالت تمليكا او قال الزوج ذلك بعد موتها ليرث منه وقال الاب عارية قبل القول للزوج ولها لان الظاهر شاهد له اذ العادة دفع ذلك اليها هبة واختاره السغدي واختيار الامام السرخسي رحمه كون القول للاب لان ذلك يستفاد من جهته والمختار للفتوى القول الاول ان كان العرف ظاهرا بذلك كما في ديارهم كما ذكره في الواقعات وفتاوى الخاصي وغيرها وان كان العرف مشتركا فالقول للاب وقيل ان كان الرجل ممن شأنه تجهيز البنات تمليكا فالقول للزوج والا فله ولو ابرأت الزوج من المهر او وهبته ثم ماتت فقالت الورثة هو في مرض موتها وانكر الزوج فالقول له وقيل ينبغي ان يكون القول للورثة لان الزوج يدعي سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر ان الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكر فالقول له وفي البدائع في كتاب النفقات اعطاها مالا وقال من المهر وقالت من النفقة فالقول للزوج الا ان تقيم هي البينة لان التمليك منه وفي الخلاصة انفق على معتدة الغير على طمع ان يتزوجها اذا انقضت عدتها فلما انقضت ابت ان تتزوج يعني كان يقول انفق بشرط ان تتزوجيني يرجع زوجت نفسها او لا لانه رشوة والصحيح انه لا يرجع لو زوجت نفسها وان لم يشترط لكن انفق على هذا الطمع اختلفوا والاصح انه لا يرجع اذا زوجت قاله الصدر الشهيد وقال الشيخ الامام الاصح انه يرجع عليها زوجت نفسها منه او لا لانه رشوة واختاره في المحيط وهذا اذا دفع الدراهم اليها لتنفق على نفسها اما اذا اكل معها فلا يرجع بشيء انتهى ولم يذكر ما اذا ابت ان تتزوجه في فصل عدم الاشتراط صريحا الا ما قد يتوهم من اقتصاره على قول الشهيد ومن بعده لكن يرجع اذا لم تتزوجه وحكى في فتاوى الخاصي فيما اذا انفق بلا شرط بل للعلم عرفا انه ينفق للتزوج ثم لم تتزوجه به خلافا منهم من قال يرجع لان المعروف كالمشروط ومنهم من قال لا قال وهو الصحيح لانه انما انفق على قصده لا شرطه وفيما ادعت على زوجها بعد وفاته ان لها عليه الفا من مهرها فصدق في الدعوى الى مهر مثلها في قول ابي حنيفة لان عنده يحكم مهر المثل فمن شهد له كان القول له مع يمينه وفي النوازل اتخذت لابويها ماتما فبعث الزوج اليها بقرة فذبحتها واطعمتها ايام الماتم فطلب قيمتها فان اتفقا انه بعث اليها وامرها ان تذبح وتطعم ولم يذكر قيمة ليس له ان يرجع عليها لانها فعلت باذنه من غير شرط القيمة وان اتفقا على ذكره الرجوع بالقيمة فله ان يرجع وان اختلفا في ذكر القيمة فالقول للزوجة مع يمينها لان حاصل الاختلاف راجع الى شرط الضمان وهي منكرة تتمة فيها مسائل الاولى مسألة تعرف ذكرنا في باب المهر مع ان الجواب المذكور فيها انما يتعلق بالميراث فاحببنا الاتباع يذكر المهر زيادة فيها تزوج ثنتين في عقدة وثلثا في عقدة ومات قبل ان يدخل بواحدة منهن وقبل ان يتبين تقدم المتقدمة نكاحه من غيره فلها ميراث الزوجات وهو الربع عند عدم الولد وولد الابن والثمن مع الولد وولد الابن بينهن على سبعة وعشرين سبعة للتي تزوجها وحدها باتفاق

(عقدة اذا حقق)

قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون معدا للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا

والباقي نصفه للثنتين ونصفه للثلث عند ابي حنيفة رح وقالا ثمانية اسهم من الباقي للثنتين وتسعة للثلاث على تخريجهما وانما قلنا المسئلة من اربعة وعشرين لان نكاح الواحدة صحيح على كل حال لانه ان تقدم فظاهر وكذا ان توسط لانها تكون ثالثة ان وقع بعد الثنتين ورابعة بعد الثلاث وكذا اذا تاخر لبطلان نكاح احد الفريقين فيقع هي ثالثة او رابعة ونكاح كل من الفريقين صحيح في حال باطل في حال ثم نقول ان صح نكاح الواحدة مع الثنتين فلها ثلث الميراث وان صح مع الثلث فلها ربعه فيحتاج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنى عشر او نقول مخرج الثلث من ثلاثة والربع من اربعة وبينهما مباينة فضربنا احدهما في الآخر فصار اثنى عشر فيكون لها الثلث في حال اربعة والربع في حال ثلاثة فثلاثة ثابتة بيقين والربع يجب في حال دون حال فيتنصف للشك فيه فتكسر فيضعف فيصير اربعة وعشرين او يضرب مخرج النصف وهو اثنان في اثنى عشر فصار اربعة وعشرين ثم نقول للتي تزوجها وحدها سبعة من اربعة وعشرين لان لها الثلث في حال ثمانية والربع في حال ستة فستة ثابتة بيقين ووقع الشك في سهمين لانهما يسقطان في حال ويثبتان في حال فيثبت احدهما ويضم الى ستة صار لها سبعة وما بقي تسعة للثلاث لكل واحدة ثلاثة وثمانية للثنتين لكل واحدة اربعة عندهما على اختلاف تخريجهما اما ابو يوسف رح فيعتبر المنازعة فيقول لا منازعة للثنتين في السهم السابع عشر لانهما لا يدعيان الا ثلثي الميراث ستة عشر فالسهم السابع عشر يسلم للثلاث لانهن يدعين ذلك لانهن يدعين ثلاثة ارباع الميراث ثمانية عشر بقي ستة استوت منازعة الفريقين فيها فتكون بينهما نصفان فحصل للثلاث تسعة منها وللثنتين ثمانية واما محمد فيعتبر الاحوال فيقول ان صح نكاح الثنتين فلها ثلث الميراث ستة عشر وهو حال التقدم اي تقدم الثنتين على الثلاث فتكون الواحدة معهما فيكون لها ثلثاه فان لم يصح فلا شيء لها فلها نصف ذلك وهو ثمانية والثلث ان صح نكاحهن فلهن ثلثا ارباع الميراث ثمانية عشر لان الواحدة ترث معهن فان لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو تسعة فاتفق الجواب واختلف التخريج والضابط عن الغلط قولنا الجامع والعين مع المعين اي محمد الاحوال ويقوب المنازعة وعند ابي حنيفة نصف ما بقي للثنتين ونصفه الآخر للثلث لان الفريقين في علة الاستحقاق سواء لان كل فريق يستحق في حال وهو ما اذا كان سابقا على الفريق الآخر دون حال التاخير فصار كما لو لم يكن معهن واحدة ولو لم يكن معهن واحدة كان جميع ميراث النساء بين الفريقين نصفين كذا هنا فللنصف وقع الكسر فضعفنا المجموع صار ثمانية واربعين او تضرب مخرج النصف وهو اثنان في اربعة وعشرين فيصير ثمانية واربعين للواحدة من ذلك اربعة عشر ولكل واحدة من الطائفتين سبعة عشر فتطلب بين السهام والرؤس الاستقامة والموافقة والمباينة فيستقيم اربعة عشر على الواحدة ولا يستقيم سبعة عشر على الثنتين ولا على الثلث ولا موافقة بين ذلك ايضا فحصل معنا اثنان وثلثة فتطلب بين الرؤس والرؤس الاحوال الاربعة التداخل والتماثل والتوافق والتباين فوجدناها متباينة فنضرب ثلثة في اثنين او على العكس فحصل ستة فنضربها في ثمانية واربعين تصير مائتين وثمانية وثمانين ومنها تصح وطريقة معرفة ما لكل ان تضرب ما كان له من هذه الستة وكان للواحدة اربعة عشر فنضربها في ستة تحصل لها اربعة وثمانون وكان لكل فريق سبعة عشر ضربناها في الستة يحصل لكل فريق مائة وسهمان لكل من الثنتين احد وخمسون ولكل من الثلث اربعة وثلثون فان قيل ما ذكر ابو حنيفة رح مشكل لانه يعطي الثنتين بالادعاء انه اجيب بانهما انما لا يدعيانه اذا استحقت الواحدة ذلك السهم فاما بدون استحقاقها فلا وقد خرج ذلك السهم من استحقاق الواحدة وكان دعواهما ودعوى الثلث في استحقاق ما فرغ من استحقاق الواحدة سواء وهذا الاختلاف في الارث اما المهور فالزوج ان كان حيا يؤمر بالبيان جبرا والقول قوله في الثلث والثنتين ايتهن

وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه والله اعلم

الاول لان نكاح احد الفريقين صحيح في نفس الامر والزوج هو باشر العقود وان قال لا ادري الاول حجب عنهن الا الواحدة لانه قربالاشتباه فيما لا مساغ فيه للتحري وان مات احد الفريقين والزوج حي فقال هن الاول ورثهن واعطى مهورهن وفرق بينه وبين الاواخر وان كان دخل بهن كلهن ثم قال في صحته او عند موته لاحد الفريقين ذلك فهو الاول ويفرق بينه وبين الآخر ولكل واحدة الاقل من مهر مثلها والمسمى كما هو الرسم في الدخول في النكاح الفاسد فالدخول بهن لا يؤثر في البيان اذا لم تتم السابقة في الوطي واما المهر قبل الدخول فللواحدة ما سمي لها بكماله لان نكاحها صحيح بيقين وللثلث مهر ونصف للثنتين مهر واحد بالاتفاق فهما مرا على اصلهما في اعتبار المنازعة والحال وابو حنيفة فرق بين المهر والميراث فاعتبر المنازعة في المهر دون الميراث فقال ما فضل من الواحدة هناك بين الفريقين نصفان لا يتفاوتان فيه لانهما قد استويا في الاستحقاق فيكون بينهما فاما هنا فالثنتان لا يدعيان النصف الزائد على المهرين والثلث يدعيه فسلم لهن وفي المهرين استوت منازعتهما فيكون بينهما او نقول اكثر ما لهن ثلثة مهور بان يكون السابق نكاح الثلث واقل ما لهن مهران بان يكون نكاح الثنتين سابقا فوقع الشك في مهر واحد فينتصف وكان لهن مهران ونصف ثم لا منازعة للثنتين في الزيادة على مهرين فيسلم ذلك مع الثلث وهو نصف مهر يبقى مهران استوت منازعة الفريقين فيه فكان بينهما فحصل مهر ونصف وللثنتين مهر واحد ومحمد يقول ان صح نكاح الثلث فلهن ثلثة مهور وان لم يصح فلا شيء لهن فلهن نصف ذلك وهو مهر ونصف واما الثنتان فلهما مهران ان صح والا فلا شيء لهما فلهما نصف ذلك مهر واحد واما حكم العدة فعلى كل واحدة منهن عدة الوفاة على الواحدة ظاهر على الفريقين كذلك لان الشرع حكم بصحة نكاحهن حيث اوجب لهن مهرا وميراثا والعدة مما يحتاط فيها فان كان الزوج دخل بهن ولا يعرف الاول من الاخر فعلى غير الواحدة عدة الوفاة والحيض جميعا اعني اربعة اشهر وعشرا ليستكمل فيها ثلث حيض المسألة الثانية تزوج امرأة وابنتها في ثلث عقود ولا يدري الاولى منهن ومات قبل الوطي والبيان فلهن مهر واحد لان الصحيح نكاح احديهن ليس غير لانه ان تزوج الام اولا لم يصح نكاح بنتها او البنت فكذلك ولهن كمال ميراث النساء هذا بالاتفاق ثم اختلفوا في كيفية القسمة فقال ابو حنيفة للام النصف من كل من المهر والميراث وقال ابو يوسف ومحمد يقسم بينهن اثلاثا ولو كان تزوج الام في عقدة والبنتين في عقدة كان الكل للام بالاتفاق المتيقن بطلان نكاحها تقدم او تاخر عن الام للجمع بين الاختين في عقد ولو كان تزوج امرأة وامها وابنتها او امرأة وامها واخت امها كان المهر والميراث بينهن اثلاثا اتفاقا وقيل على الخلاف والصحيح الاول والاصل ان المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ونكاح كل واحدة يصح في حال ولا يصح في حالين فاستويا في حق الاستحقاق وهو يساعدهما على هذا الاصل لكنه يقول الام لا يزاحمها الا احدى البنتين لا يتيقن ببطلان النكاح احدى البنتين والابنتان في النصف استويا لانه ليست احديهما بتعيين جهة البطلان اولى من الاخرى المسألة الثالثة لو قال لاجنبية كلما تزوجتك فانت طالق فتزوجها في يوم ثلث مرات ودخل بها في كل مرة فهي امرأته وعليه مهران ونصف مهر ووقع عليه تطليقتان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما تزوجها اولا وقع تطليقة ووجب نصف مهر فلما دخل بها وجب مهر كامل لانه وطي عن شبهة في المحل اذ الطلاق غير واقع عند الشافعي رحمه بناء على ان هذا التعليق عنده لا يصح ووجبت العدة فاذا تزوجها ثانيا وقعت اخرى وهو طلاق بعد الدخول معنى فان من تزوج معتدته البائن فطلقها قبل الدخول فعند ابي حنيفة وابي يوسف يكون هذا الطلاق بعد الدخول معنى فيجب مهر كامل وعدة مستانفة خلافا لمحمد في ايجاب نصف المهر وبقية عدتها التي كانت فيها فصار على قولهما الواجب مهرين ونصف فاذا دخل بها

فصل واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وطلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب هذا عند ابي حنيفة رح وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها اقل مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقالا في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم وله ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربوا والزنا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رح ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون حلالا في المعاملات وولاية الالزام بالسيف وبالحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون قصارى واما اهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربوا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من ابى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت

وهي مستدة عن طلاق رجعي صار مراجعا فلا يجب بالوطي شيء فاذا تزوجها ثالثا لا يصح النكاح لانه تزوجها وهي منكوحة ونكاح المنكوحة لا يصح وعلى قول محمد بالتزوج الاول والطلاق عقيبه يجب نصف وبالدخول بعده مهر كامل وبالتزوج والدخول بعد الطلاق الواقع عقيبه ايضا مهر ونصف وكذا بالتزوج الثالث وكان الواجب على قوله اربعة مهور ونصف مهر وهذا بناء على انه لم يصر مراجعا بالوطي عقيب النكاح الثاني لم يقع على الدخول بها وعندهما لما كان الدخول في الاول دخولا في الثاني كان الطلاق الثاني عقيب الدخول ولا يخفى عليك ان الدخول الاول لم يكن في نكاح بل ليس الا وطيا بشبهة فاقتضى قولهما على هذا ان الرجعة تثبت بالوطي في عدة وان كان تلك العدة عن غير طلاق بل عن وطي بشبهة اذا كان مسبوقا بطلاق ولو قال كلما تزوجتك فانت طالق بائن والمسئلة بحالها بانت بثلاث وعليه خمسة مهور ونصف مهر في قياس قولهما واربعة مهور ونصف على قول محمد وتخريج ذلك على الاصل المذكور لكل فقول محمد يلزمه اربعة مهور ونصف على الاصل المذكور له آنفا ظاهر واما وجه ما ذكر عندهما فلانه بالنكاح الاول والدخول بعده يجب مهر ونصف وبالنكاح الثاني طلقت بائنا ولها مهر كامل لانه طلاق بعد الدخول على قولهما ومهر آخر بالدخول بعده بالشبهة ولم يصر به مراجعا لان الطلاق بائن وبالنكاح الثالث طلقت ثلاثا ولها مهر وبالدخول بعده مهر آخر فصارت خمسة مهور ونصف ثلثة بالدخول ثلث مرات ونصف بالتزوج الاول ومهران بالتزوجين الاخيرين لكون الطلاق بعدهما بعد الدخول على قولهما

فصل في مهور الكفار لما ذكر مهور المسلمين شرع في ذكر مهور الكفار **قوله** واذا تزوج نصراني المراد اذا تزوج ذمي كتابي ومجوسي على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز ودخل بها او طلقها قبل الدخول او مات عنها فليس لها مهر ولو اسلما او رفع احدهما الآخر الينا او ترافعا وهذا اذا لم يدينوا مهر المثل بالنفي وكذا لو تزوجها على دم لانهم اتفقوا على عدم المهر وهم يدينونه وهذا لانهم لا يتمولون الميتة فصحت التسمية بخلاف الموقوذة وكذا في الحربيين هذا مذهب ابي حنيفة وبه قالا في الحربيين اي لو اسلما او ترافعا اما في الذمية فلها عندهما مهر مثلها ان دخل بها او مات احدهما والمتعة ان طلقها قبل الدخول لوقوعه في نكاح لا تسمية فيه وبهذا قال زفر في الحربيين ايضا لان الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما يتناول الكفار بناء على انهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها غير انه يصير عبادة بالنية والكافر ليس من اهلها فيخص مسائله في حقه ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين الاحكام وليس لنا عليهم ولاية الالزام للتباين بخلاف اهل الذمة فانهم التزموا في المعاملات وولاية الالزام ثابتة فنعزره اذا زنى ونمنعه عن الزنى ونحكم بفساده والنكاح منها ولذا تجري عليهم احكامه من لزوم النفقة والعدة وثبوت النسب والتوارث به وثبوت خيار البلوغ وحرمة المطلقة ثلاثا ونكاح المحارم وقد يقال من طرق زفر عدم التزامهم وقصور الولاية منا عنهم لا ينفي تحقق الوجوب عليهم بعموم الخطاب حتى اذا ترافعا يقضى عليهما بالمهر منها حال كونهما حربيا اما اقرارا الوجوب ليظهر عند امكان التزامهم اثره قوله ولابي حنيفة رح حاصله منع المقدمة القائلة انهم التزموا احكامنا في المعاملات بل ليسوا ملتزمين بعقد الذمة ويعتقدون حلاله فيها الا ما شرط عليهم ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر والخنزير ونكاح المحارم كذا في بعض كتب الفقه وفي بعضها ما ذكرناه من حرمة المحارم عليهم ولا تنافي فيحمل احدهما من يدين بحرمتهن ويحمل الآخر من لا يتدين به كالمجوس فلم يلتزموا ولم نؤمرهم بل نتركهم وما يدينون فصار اهل الذمة اولى من اهل الحرب بذلك لان المانع فيهم المنعة الحسية وامرنا بهدمها والمانع في اهل الذمة المنعة الشرعية وامرنا بتقريرها بخلاف الربوا لانه مستثنى من عقودهم قال عليه السلام الا من ابى فليس بيننا وبينه عهد روى معناه القاسم بن سلام

كان الطلاق عقيب الثاني

وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبهة بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا باعيانهما واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف رح يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ههنا ومحمد رح يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فتجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق للعين بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاستزداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض موجب ملك العين فيمتنع بالاسلام

يسنده في كتاب الاموال عن ابي الملح الهذلي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح اهل نجران فكتب لهم كتابا وساقه وفيه ولا تاكلوا الربا فمن اكل منهم الربا فذمتي منهم بريئة وفي مصنف ابن ابي شيبة بسنده الى الشعبي كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى نجران وهم نصارى ان من باع منكم بالربا فلا ذمة له وهو مرسل وهو حجة عندنا واذا امتنعنا من التعرض لهم فيما يدينون قبل الاسلام الا المستثنى فبعد الاسلام والمرافعة حال بقاء النكاح والمهر ليس شرطا لبقائه والذي يقتضيه النظر ان الاستدلال على ان الكفار مخاطبون بالمعاملات ان تم تم المطلوب لزفر هنا لان الامر بترك التعرض لهم لذمتهم لا يقتضي سوى ان لا يتعرض لهم ما لم يرضوا بحكمنا ويسلموا وذلك لا يمنع من قيام المهر شرعا في ذمتهم وحالة الاسلام وان كانت حالة البقاء والمهر ليس شرطا فيها ولا حكما لا يمنع القضاء بالتقرير في الذمة اول الوجود لما ارتفع منع الشرع من التعرض لهم

قوله وقد قيل ان في الميتة والسكوت عن المهر روايتان بخلاف نفيه صريحا ففي ظاهر الرواية لها مهر المثل وذكر الكرخي انه لا فرق بين قياس قول ابي حنيفة رح بين السكوت والنفي ووجهه على ما في المبسوط ان تملك البضع في حقهم كتملك المال في حق المسلمين فلا يجب العوض فيه الا بالشرط ووجه الظاهر ان النكاح معاوضة فما لم ينص على نفي العوض يكون مستحقا لها والميتة كالسكوت لانها ليست بالا عندهم فذكرها لغو وصحح المصنف ان الكل على الخلاف وهو خلاف الظاهر قوله فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير باعيانهما ثم اسلما او اسلم احدهما قبل قبض الصداق المذكور فليس لها الا الخمر والخنزير وان كان بغير اعيانهما واسلما قبله فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا التفصيل مذهب ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لها مهر المثل في الوجهين وهو قول الائمة الثلاثة وقال محمد لها القيمة في الوجهين وهو قول ابي يوسف رح الاول ولما اشترك قولاهما في عدم ايجاب عين الخمر والخنزير اذا كانا باعيانهما جمع بينهما في دليله فقال وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض المعين ولهذا لو هلك قبل القبض او تعيب فاحشا فهلك من مال الزوج حتى يلزمه مثله ان كان مثليا والا فقيمته وبعد القبض يهلك من مال المرأة وينتصف قبل القبض بالطلاق قبل الدخول وبعد القبض اذا طلقها قبل الدخول لا ينتصف الا بقضاء او تراض على ما اسلفناه في باب المهر في عتق الجارية المهر وكذا الزوائد تنتصف قبل القبض لا بعده على ما قدمنا فيكون له شبه بالعقد لثبوت اثر كل منهما في الملك فيمتنع القبض بالاسلام كما يمتنع العقد اي كما يمتنع ابتداء التمليك بالعقد الحاقا لشبهة العقد بحقيقته في المحرمات وليس بيد كما يمتنع العقد بالاسلام فان العقد عليهما لا يمتنع بل يصح ويبطل العوض واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فامتنع اقترانا فقال ابو يوسف رح لو كانا مسلمين وقت العقد فعقدا على الخمر والخنزير يجب مهر المثل وكذا اذا كانا مسلمين وقت القبض ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم ثم امتنع التسليم بالاسلام فتجب القيمة كما لو هلك العبد المسمى قبل القبض تجب القيمة لامتناع اعطاء مثل الخمر قوله ولابي حنيفة رح ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا يملك التصرف فيه قبل القبض ببدل وبغير بدل فقبضه ليس موجبا لملكه ولا لملك التصرف فيه فليس موكدا بل ناقلا لمجرد الضمان من الزوج الى المرأة في الهلاك وذلك اي انتقال الضمان لا يمتنع بالاسلام لان موجبه صورة اليد وصورتها لا يمتنع بالاسلام كالمسلم اذا تخمر عصيره والذمي اذا غصب منه الخمر والخنزير ثم اسلم له ان يسترده من الغاصب فكذا فيما نحن فيه فيقبض الخمر ثم يخلله او يريقه والخنزير فيسيبه فان كان مراد كم من كون القبض موكدا غير هذا امتنعنا كونه موكدا وان كان المراد هذا سلمنا كونه موكدا ومنعنا منافاة الاسلام اياه وفي الاسرار ولان سلمنا ان القبض موكد للملك فلا نسلم ان الاسلام يمنع تاكد الملك بدليل ان من باع عبدا بخمر وقبض الخمر فان الملك فيه واجب وان يهلك

بخلاف المشتري لان ملك التصرف انما يستفاد بالقبض واذا تقرر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه وكذلك الخمر لانها من ذوات الامثال الا ترى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رحمه الله يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما

العبد عنده قبل التسليم اليه وبالتسليم اليه يتقرر الملك وهذا التسليم لا يمتنع بالاسلام وان كان فيه تاكيد الملك في الخمر ولو اشترى خمرا وقبضها وبها عيب ثم اسلم سقط خيار الرد وان كان في سقوطه تاكد ملك الخمر فعلم ان الاسلام لا يمنع تاكد الملك قوله بخلاف المشتري متصل بقوله يتم بقبض العقد ولهذا يملك التصرف فيه بالبيع وغيره بخلاف المشتري لا يتم بنفس العقد ولا يملك التصرف فيه والقبض فيه هو المفيد لملك التصرف والاسلام مانع منه فلذا باع الذمي الخمر والخنزير او اشتراهما ثم اسلم ينفسخ البيع لامتناع افادة ملك فيهما مع الاسلام وخص التصرف في المهر قبل القبض من النهي عن بيع ما لم يقبض بالاجماع وظن بعض الفضلاء ان قوله في النهاية ولان ضمان المبيع في يد البائع ضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكه فقبض المشتري ناقل لضمان الملك وضمان المهر في يد الزوج ليس بضمان ملك حتى لو هلك يهلك على ملكهما يناقض قول النهاية وبالقبض تنتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وهو غلط وانما معناه ان بالهلاك في يد البائع يعود الى ملكه على ملكه لا يضمن لاحد شيئا بل يسقط الثمن وهذا معنى قولهم يهلك المبيع في يد البائع بالثمن واما هلاك المهر في يد الزوج فليس هلاكا لملكه بل هلاك ملكها في يده فيضمنه بالقيمة كهلاك المغصوب وبهذا صرح في النهاية به بعد قوله يهلك على ملكهما بان قال ولهذا اوجب لها القيمة قوله ولو طلقها قبل الدخول بها ففي المعين لها نصفه عند ابي حنيفة رحمه الله وفي غير المعين لها نصف القيمة وفي الخنزير المتعة وعند محمد لها نصف القيمة بكل حال لانه اوجب القيمة فينتصف وعند ابي يوسف رحمه الله وهو الموجب لمهر المثل لها المتعة لان مهر المثل لا ينتصف

باب نكاح الرقيق الرقيق العبد ويقال للعبيد لما فرغ من نكاح الاحرار المسلمين شرع في بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم اولاه نكاح الارقاء ثم اولاد نكاح اهل الشرك واما ما تقدم من فصل النصراني فانما هو في المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فاردفه تتمة له قوله لا يجوز نكاح العبد الا باذن سيده اي لا ينفذ فانه ينعقد موقوفا عندنا وعند مالك ورواية عن احمد ونسبه الى مالك في الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين الملكين شرعا فقد تبين بان من ملك رفع شيء ملك وضعه ويمنع بملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه وكذا ملك التطيب ولم يملك الكل السم وادخال الموذي على البدن والاوجه بيانها بانه ملك الطلاق لانه من خواص الادمية فكذا النكاح وايجاب بما سنذكره والحديث الذي ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والعاهر الزاني وفي السنن ايضا عن ابن عمر رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اما في العبد فتشتغل الذمة بالمهر والنفقة واما في الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا التصرف في ماله بالافساد فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح لا يقال يصح الاقرار من العبد على نفسه بالحد والقصاص مع ان فيه اهلاكه فضلا عن تعييبه لانا نقول هو لا يدخل تحت ملكه فيما يتعلق به خطاب الشرع امرا ونهيا كالصلوة والغسل والصوم والزنا والشرب وغيره الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج ثم هذه الاحكام تجب جزاء على ارتكاب المحظور شرعا فقد اخرجه عن ملكه في ذلك الذي دخله فيه باعتبار غير ذلك وهو الشارع زجرا عن الفساد واعاظم العيوب وكذا المكاتب ليس له ان يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في التصرف الاكتسابي فيبقى فيما سواه على حكم الرق ولا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب اذ به يحصل المهر والنفقة للمولى والولد العبد ولكونه من باب الاكتساب ملك الاب والجد والقاضي والوصي والشريك المفاوض تزويج الامة لا العبد لانه تنقيص للمالية واما ملك

بذلك لما بينا لان الكتابة ارجحت ذلك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق وهذا لان تملك المكاتب تزويج عبده وتملك تزويج امته
لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذا المدبر وام الولد لان الملك فيهما
قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في ذمة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى
لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما
لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدي من كسبهما لانه من تسببهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها
او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد متاركة يسمى طلاقا ومفارقة وهو التي يحال للعبد المتمرد او يزاد فكان
الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة فملك الرجعة فهذه اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده

شيء كما انشأ والمضارب والعبد المأذون فليس لهم تزويج الامة عند ابي حنيفة رح ومحمد وقال ابو يوسف رح يملكون وانما يجوز تزويج المكاتبة نفسها لا غير
قوله وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بغير اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا من بقاء ذات المكاتب على الرق والاكتساب الذي اوجب
الكتابة اطلاقا له ما لا يوجب خللا في ذات المملوكة والاكتساب بالنكاح انما يكون بتمليك جزء منها بغير السيد اذ بدل منفعة البضع في حكم بدل جزء
من العين كالارش ولان هذه المنفعة لا يزول ملكها بعد صحة الا باختيار الزوج والكتابة ليست على يقين من استمرار فك الحجر فيها وافضاؤها الى
زوال ملك الرقبة بجواز التعجيز والرد الى الرق فترد مملوكة البضع للغير ممتنع على السيد ولم يشرع عقد الكتابة على وجه يعود ضرره على السيد
قوله وكذا المدبر والمدبرة يعني لا ينفذ نكاحهما الا باذن المولى وكذا ابن ام الولد يعني لو زوج ام ولده فجاءت بولد من الزوج فان حكمه
حكم امه فالرق فيه قائم فلا يملك تزويج نفسه واما معتق البعض فلا يجوز نكاحه عند ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب وعندهما يجوز لانه حر مديون
وهذا فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها ولا يجوز للعبد ان يتسرى اصلا اذن له مولاه او لم يأذن لان حل الوطء لا يثبت شرعا
الا بملك اليمين او عقد النكاح وليس للعبد ملك يمين فانحصر حل وطئه في عقد النكاح **قوله** واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته
يباع فيه بخلاف ما اذا تزوج بغير اذنه فدخل بها ثم فرق بينهما فانه لا مهر عليه حتى يعتق لانه لم يظهر في حق المولى لعدم الاذن فيه وقوله يباع فيه
اي ان لم يفده المولى وتقريره انه دين وجب في رقبته وكل دين كذلك يباع فيه اما وجوبه فلمقتضيه وهو وجود السبب من اهله وانتفاء المانع
وهو حق المولى للاذن واما كونه في رقبته فلاذن السيد ولدفع المضرة عن ارباب الديون يعني النساء فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة والى هذا
ان الدين انما يثبت في الذمة وثبوته فيها لا يتوقف على اذنه فانه لو باشر اتلافا ونحوه ترتب في ذمته فحين اذن ظهر الدين في حقه ثم العبد نفسه
مال فكان لهم ان يقبضوا من نفسه فعلى هذا يكون الاذن رفع المانع من الاقتضاء من نفس العبد غير انه ان فداه المولى حصل المقصود والمقصود
لذلك دفع المضرة عن ارباب الديون واذا بيع فلم يف ثمنه بالمهر لا يباع ثانيا ويطالب بالباقي بعد العتق وفي دين النفقة يباع مرة بعد اخرى لانها
تجب شيئا فشيئا واذا مات العبد سقط المهر والنفقة ذكره التمرتاشي واذا زوج عبده من امته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب لم
يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة في هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب في ماليته وهي للمولى **قوله** والمدبر والمكاتب يسعيان اذا اديا
لعلة المولى فزوجاهم لمنع الاداء عنهما يسعيان لانهما لا يحتملان النقل عن ملك الى ملك وكذا معتق البعض وابن ام الولد فيؤدي من كسبهما لا من نفسهما الا ان يعجز المكاتب فيمضي في الرق فيرجع
في المهر **قوله** فقال له طلقها او فارقها فليس ذلك باجازة تزويج العبد نفسه بلا اذن عقد فضولي في الجملة فيتوقف نفاذه على اذن المولى واذنه
يثبت تارة صريحا وطورا دلالة فالصريح مثل ان يقول رضيت او اجزت او اذنت والدلالة ان يسوق اليها المهر او بعضه وسكوته لا يكون اجازة
ثم الفاظ اختلف فيها والفاظ اختلف في عدم اعتبارها فمثل قوله هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله لك فيها او احسنت او اصبت
ولا باس بها اختلف فيه قال الفقيه ابو القاسم ليس بشيء منها اجازة واختيار الفقيه ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد انه اجازة ما لم يعلم انه
قال استهزاء انه اعرف بهذه المسئلة الكتاب وهو ما اذا قال طلقها لا شك ان مقتضى حقيقة اللفظ فيها الاجازة لان الطلاق الصحيح فرع وجود النكاح
الصحيح لكن قد صرف عن مقتضاه بالنظر الى حال العبد وذلك ان اقتحام العبد على سيده وتمرده بمباشرة سبب تسببه عليه يستوجب به زجره
به فارق الفضولي المحض فانه معين والاعانة تنتقض سببا لامضاء تصرفه وعدم الغاية ولذا لو قال للفضولي طلقها كان اجازة عادة وهو الاوجه

تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا او دخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يؤخذ منه اذا اعتق
واصله ان الاذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا اللفظ ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون
ظاهرا في حق المولى فيؤاخذه بعد العتاق لهما ان المقصود من النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف
لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرفات وله ان اللفظ مطلق فيجري
على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء

ولذا قلنا اول المسئلة في العبد انه فضولي في الجملة واذا كان حال العبد ذلك فاذا كان لفظ السيد له عند علمه بما صنع يحتمل الرد والاجازة لاستعماله
فيهما كان بملاحظة حال العبد ظاهرا في قصد الرد ما لم يعلم قصد الاجازة تظاهر تقترن به او نص آخر مثل ان يقول طلقها تطليقة
تملك الرجعة او اوقع عليها الطلاق لان الايقاع والطلاق الذي تملك الرجعة بعده لا يقالان للمتاركة ولا في قصد الاستهزاء فيفيد قصد حقيقته
بخلاف طلقها فانه قد يقال لمتاركة العقد الفاسد طلاقا مجازا فصلت هذه المسئلة متممة كلابي القاسم ومن قال بقوله والجواب ان لفظ الطلاق
المجرد استعمل كثيرا في المتاركة العقد الفاسد فكان ذكره ذكر لفظ مشترك من حيث الاستعمال بين الاجازة والرد بخلاف ما تقدم من نحو احسنت الخ
فانه لم يستعمل للامرين على السواء بل لظاهر منه الاجازة وحمله على الرد لا يتحقق الا بواسطة جعله استهزاء وهو وان كان النظر الى حال العبد لا ينافيه
لكن ظاهر حال العاقل المسلم ينفيه لان حقيقته فعل الجاهلين ولذا قال موسى عليه السلام في جواب قولهم اتتخذنا هزوا قال اعوذ بالله ان اكون
من الجاهلين فتعارض الظاهران وبقي نفس اللفظ بمفهوم يفيد الاجازة بلا معارض بخلاف مسئلة الكتاب فان نفس اللفظ يقال
للرد كما يقال لحقيقة الطلاق المستعقب لصحة النكاح ولذا لم يستعمل المقيد اعني قوله طلقها تمنع الرجعة او اوقع عليها في المتاركة جعل اجازة فوجب
ترجيح قول الفقيه ومن معه ما لم يعلم قصد الاستهزاء لكن المصر لما لم يوجبه الا بان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح افاد انه يثبت اقتضاء فيؤمر وعليه
طلب الفرق بينه وبين ما لو قال لعبده كفر يمينك بالمال او تزوج اربعا لا يعتق مع ان كلا منهما لا يكون الا بعد الحرية واجيب بان اثبات الشرائط
التي هي اصول لا تكون بطريق الاقتضاء كالحرية والاهلية للتحقق بالرق وليس ما نحن فيه كذلك لان النكاح ثابت للعبد بطريق الاصالة لثبوته
تبعا للآدمية والعقل وانما توقف لاستلزامه تعيب مال الغير فقوله طلقها رجعيا يتضمن رفع المانع اقتضاء لا اثبات ملك النكاح بطريق الاصالة والمكاتب
شرط العتق وقوله اعتق عبدك عني بالف يثبت به تحويل الملكية اليه لا اصلها في العبد وملكيته في العبد امر زائد على مملوكيته وعلى تقريرنا لا يحتاج
الى تكلف هذا السؤال وجوابه ولو اذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز
ما صنعه قبل الوكالة وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي ولو باع السيد العبد بعد ان باشر بلا اذن
فللمشتري الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث اما ان كانت امة فتزوجت بلا اذن ثم مات المولى
فورثها من يحل له وطيها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف وان ورثها من لا يحل له وطيها كان ورثها جاحدا او امرأة او ابن المولى فكذلك الا
وطيها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا في امة تزوجت بغير اذن مولاها فوطيها الزوج فباعها المولى للمشتري الاجازة لانه لا يحل له
وطيها لان وطي الزوج يحرمها لانها صارت معتدة فاذا حاضت بطل العقد فيحل للمشتري ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بجحد والشراء
لطريان الحل الثابت على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع واصله لان الموقوف على اجازة انسان يحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه
انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثاني قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثاني مثله في ذلك فالحاصل انه دائر مع الملك
فينتقل بانتقاله قوله تزوج هذه الامة التقييد بالامة والاشارة اتفاقي فان الحكم المذكور جار في الحرة وغير المبينة قوله واصله اي الخلاف
الاختلاف في ان الاذن للعبد بالنكاح ينتظم الصحيح والفاسد عنده وعندهما يخص الصحيح والاتفاق على ان الاذن بالبيع يعم الصحيح والفاسد وعلى ان
التوكيل بالنكاح يختص بالصحيح فالحقاه بالتوكيل بالنكاح لان علة الاصل تحصيل المقاصد في المستقبل من الاعفاف وغيره وذلك بالصحيح وكذا لو حلف لا يتزوج

وتظاهر بلفظ

قوله

ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه الطريقة ومن زوج عبدا مديونا ماذونا له امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء في مهرها ومعناه
اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا
الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة بمهر مثلها
أسوة للغرماء ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان
حق المولى في الاستخدام باق والتبوية ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا
لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم يريد له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوية كما لا يسقط بالنكاح

ينصرف الى الجائز فلا يحنث بالفاسد لان المراد في المستقبل الحلف على الاعفاف وذلك بالصحيح بخلاف ما لو حلف ما تزوجت حيث يحنث بالفاسد لان المراد
في الماضي القدر والحقه بالبيع بجامع ان بعض المقاصد حاصل من ثبوت النسب والعدة والنفقة وذلك يكفي لتصحيح التعميم واجراء اللفظ على اطلاقه فينبغي
على هذا انه يباع في المهر في الفاسد اذا دخل بها فيه عنده وعندهما لا وانه لا يجوز له تزوج اخرى بعقد صحيح عنده لانتهاء الاذن بالفاسد وعندهما
له ذلك لان الاذن لم ينته بذلك **قوله** ومسئلة اليمين على هذه الطريقة اي طريقة اجراء اللفظ على عمومه ممنوعة والطريقة الاخرى ان العبد في النكاح
ملحق على الحرية لانه من خواص الآدمية والحاجة الى اذن السيد ليثبت المهر في رقبته ليس غير فكانه قال له اذا قال تزوج اشغل رقبتك بمهر وهذا يتحقق
بمهر مثل في نكاح فاسد وبغيره وليست هذه الطريقة صحيحة لما سنذكر من ملك السيد الكاحه وعدم ملكه طلاقه واستقلال العبد بملكه لدفع الضرر عن نفسه
لانه قد يعجز عن الامساك بالمعروف لتباين الاخلاق وغير ذلك فالمعول عليه طريق الاطلاق ويجاب عن مسئلة اليمين بان الايمان مبنية على العرف
والعرف فيه الحلف على التزويج الذي هو طريق الاعفاف والتحصين وهو الصحيح لا الاعفاف بالفعل فيبطل ما يقال الاعفاف باطني لا يوقف عليه فلا يلزم الصحيح
ليظهر كون الحلف عليه والله اعلم **فروع** الاول تزوج العبد بلا اذن فطلقها ثلاثا ثم اذن له السيد فجدد عليها جاز بلا كراهة عند ابي حنيفة ومحمد
ومع الكراهة عند ابي يوسف رح الثاني زوج بنته من مكاتبه ثم مات الاب لا يفسد النكاح عندنا الا ان عجز ورد في الرق وعند الشافعي رح يفسد
للحال لملك زوجته شيئا منه ولذا يصح اعتاقه اياه وبدل الكتابة لها قلنا لم يملكه لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك ما لم يعجز وعند ذلك قلنا
انفساد النكاح وانما ملكت ما في ذمته من بدل الكتابة واما العتق فيه فلانه براءة عن بدل الكتابة اولا ثم يعتق الثالث اذا غر عبد بحرية امة فتزوجها
على انها حرة فولدت فالولد عبد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد حر بالقيمة كالمغرور الحر **قوله** ومن زوج عبدا ماذونا له مديونا امرأة جاز
والمرأة اسوة الغرماء اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل فلو زوجها منها باكثر طولب بالزيادة بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض وهذا
لوجود المقتضي وهو ملك الرقبة وانتفاء المانع ويخال من انه ابطال لحق الغرماء في قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا
بل وضعه لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت الملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل في المحل ثم تلزمه بطلان حقهم في مقداره
اذا كان مهر مثلها او اقل الخصوص امر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا في نفس الامر فكان ضمنيا فلا يعتبر في اثباته وتقييد الاحال المتضمن له
لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا **قوله** ومن زوج امته فليس عليه ان يبوئها وكذا اذا زوج
ام ولده ومدبرته وان شرط الزوج التبوية لانه شرط لا يقتضيه العقد على الامة غير ان النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ومعنى التبوية ان
يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجيء وتخدم المولى لا يكون تبوية وعند الشافعي رح واحمد رح يستخدمها نهارا ويسلمها للزوج ليلا
وعند مالك رح يسلمها ليلة بعد ثلث قلنا ملك السيد ثابت في الرقبة ليلا ونهارا وفيما بعد الثلث والتبوية ابطال له فيكون ابطال الحق الاعلى بالادنى واقدام
السيد على العقد لا يستلزم رضاه بالتبوية بل بمجرد اطلاق وطيه اياها متى ظفر بها يتوفر مقتضاه وهذا القدر ثابت فاثبات القسم كذلك اثبات
بلا دليل لا يقال بلا ملك منافع بضعها لزمه تسليمها لانا نقول التسليم بالتخلية والتبوية امر زائد عليها والنفقة على المولى ما لم يبوئها واذا ابواها ثم
بدا له ان يردها الى خدمته كان له ذلك وكلما ابواها وجبت نفقتها على الزوج وكلما اعادها سقطت فان قلت ما الفرق بين ان يشترط الزوج التبوية
فيزوجه السيد على هذا الشرط ولا يلزم المولى التبوية وبين ان يشترط الحر المتزوج بامة رجل حرية اولاده حيث يلزم في هذه وتثبت حرية ما يأتي من

قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رحمه الله لا اجبار في الامة وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ان النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك النكاح بخلاف الامة لانه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لانه من حيث تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما

من اولاده هذا ايضا شرط لا يقتضيه نكاح الامة فالجواب ان قبول المولى الشرط والتزويج على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة وتعليق ذلك صحيح وعند وجود التعليق فيما يصح يمتنع الرجوع عن مقتضاه فتثبت الحرية عند الولادة جبرا من غير اختيار بخلاف اشتراط التبرية فانه بتعليقها لا يتم الشيء عند ثبوت الشرط بل يتوقف وجوده على فعل حسي اختياري من فاعل مختار فاذا امتنع لم توجد فالحاصل ان المعلق هنا وعد يجب الايفاء به غير انه لم يف به لا يثبت متعلقه اعني نفس الموعود به ولو طلقها بائنا وهي مبوأة تجب لها نفقة العدة ولو لم تكن مثبوتة من الابتداء او طلقها بعد رجوع السيد الى استخدامها لا تجب والمكاتبة كالحرة لزوال يد المولى وهي في يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما

فرع ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى الامة لانه ملكه لا على الاب **قوله قال** اي صاحب الهداية ذكر اي محمد تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما اي لم يشترطه وهذا يرجع الى مذهبنا لان المذهب ان للمولى اجبارهما اي ان يعقد لهما فينعقد عليهما علما ورضيا او لا كاجبار الولي الصغيرة على ما سلف وعند الشافعي لا اجبار في العبد بل في الامة وهو رواية ذكرها عن ابي حنيفة رحمه صاحب الايضاح والطحاوي عن ابي يوسف وجعلها الوبري رواية شاذة للشافعي وجهان احدهما انما يتناوله النكاح لا يملكه المولى فعقده تصرف فيما لا يملكه فانفق كالاجنبي وكتزويجه مكاتبته ومكاتبته بخلاف امته يملك ما يتناوله فيملك تمليكه ثانيهما انه لا يفيد اذ للعبد التطليق في الحال فلا يحصل المقصود ونحن نقول مناط نفاذ انكاحه عليه ملكه المقتضي لتمكنه من اصلاحه ودفع اسباب الهلاك والنقصان عنه وفي تزويجه ذلك لانه طريق تحصينه عن الزنى الذي هو طريق الهلاك او النقصان به او في ماليته لتعييبه فانما جعل مناطه ملك ما يتناوله النكاح وانها علة مساوية ينتفي بانتفائها الحكم فباطل لانها منتقضة طردا في الزوج يملك ما يتناوله النكاح من زوجته ولا يملك تمليكه وعكسا بالولي لا يملكه من موليته ويملك تزويجها واما نفي الفائدة فظاهر الانتقاء بل الظاهر عدم مبادرته للطلاق من وجهين احدهما ان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه والثاني ان حشمة السيد في قلب عبده مانعة من اجترائه عليه بالمبادرة الى نقض ما فعله وكان الظاهر وجود الفائدة لا نفيها واما الحاقه بالمكاتب والمكاتبة فمع الفارق لانهما التحقا بالاحرار في التصرفات فلا ينفذ تصرفه عليهما الا برضاهما وعن هذا استظرفت مسئلة نقلت من المحيط هي ان المولى اذا زوج مكاتبته الصغيرة توقف النكاح على اجازتها لانها ملحقة بالبالغة فيما يبتنى على الكتابة ثم انها لو لم تزوجها حتى ادت فعتقت بقي النكاح موقوفا الى اجازة المولى لا على اجازتها لانها بعد العتق لم تبق مكاتبة وهي صغيرة والصغيرة ليست من اهل الاجازة فاعتبر التوقف على اجازتها في حال قرارها ولم يعتبر بعد العتق هكذا توارد الشارحون والذي يقتضيه النظر عدم التوقف على اجازتها بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح لما صرحوا به من انه اذا تزوج العبد بغير اذن سيده فاعتقه نفذ لانه لو توقف فاما على اجازة المولى وهو ممتنع لانتفاء ولايته واما على العبد فلا وجه له لانه صدر من جهته فكيف يتوقف عليه ولانه كان نافذا من جهته وانما توقف على السيد فكذا السيد هنا فانه ولي مجيز وانما التوقف على اذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد فهذا هو الوجه وكثيرا ما يقلد الساهون الساهين وهذا بخلاف الصبي اذا زوج نفسه بغير اذن وليه فانه موقوف على اجازة وليه فلو بلغ قبل ان يرده لا ينفذ حتى يجيزه الصبي لان العقد حين صدر منه لم يكن نافذا من جهته اذ لا نفاذ حالة الصبي وعدم اهليته الرأي بخلاف العبد ومولى المكاتبة الصغيرة والحاصل ان الصغير والصغيرة ليسا من اهل العبارة بخلاف البالغ وسيأتي زيادة في ذلك واما الاستدلال بقوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقدرة ابطال ما امضاه سيده شيء

قال ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فالمهر لها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع ما بيناه ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في احكام الدنيا حتى يجب الكفارة عليه واذا تزوج امته فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله

فيكون متقيا فيضعف لان المراد والله اعلم على شيء من المال ليساقه في مقابلة ومن رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا وجهرا هل يستوون والقطع بانه يملك الطلاق وهو شيء ليس بمال **قوله** ومن زوج امته ثم قتلها الخ السيد في تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفي تزويج امته هو المستحق لها فلو قتلها قبل الدخول سقط عند ابي حنيفة رحمه الله عن الزوج حتى لو كان المولى قبضه يرده عليه وقالا لا يسقط والاتفاق على عدم سقوطه بقتله اياها بعد الدخول وبقتل اجنبي وقتل المولى زوجها وموتها حتف انفها وجه الاول ان المقتول ميت باجله ولو ماتت حتف انفها لم يسقط بل يتقرر بالموت اذ به ينتهي العقد وبانتهاء العقد يتقرر البدل فلا يسقط بقتله اياها بعد لزومه وكقتل الاجنبي اياها ولابي حنيفة رحمه الله انه منع المبدل قبل التسليم والتسلم فيجازى بمنع البدل اذا كان من اهل المجازات كما لو ارتدت الحرة قبل الدخول او قبلت ابن الزوج والقتل وان كان موتا لكنه جعل في احكام الدنيا اتلافا حتى وجب به القصاص والدية والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد احلها له وقد ثبتت احكامها كذلك في حق المولى حتى لزمته الكفارة في الخطاء وانما سقطت الدية والقود للاستحالة ولهذا لو كانت الامة رهنا عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها للمرتهن ولو لم يكن من اهل المجازاة بان كان صبيا زوج امته او صبية مثلا فالواجب ان لا يسقط في قول ابي حنيفة رحمه الله بخلاف الحرة الصغيرة اذا ارتدت يسقط مهرها لان الصغيرة العاقلة من اهل المجازاة على الردة بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر والردة محظورة عليها الا الامة فلا رواية في ردتها واختلف المشايخ قيل لا يسقط لان المنع هو المسقط لم يجيء من قبل الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المهر يجب اولا للهاشم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه وحاصل الخلاف الاختلاف في وجود سبب السقوط فعنده وجد وعندهما لم يتحقق فبقي وجوبه السابق على حاله **قوله** وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها فلها مهر مثلها يستحقه ورثتها خلافا لزفر رحمه الله ولم يحك خلاف زفر في المبسوط بل خلاف الشافعي وهو قول الآخر بالسقوط وانما قيد بالحرة لان في قتل الامة نفسها روايتين عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية لا يسقط كالحرة بل اولى لان المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع المبدل وهو قولهما وقول مالك وقول الشافعي رحمه الله في رواية يسقط وهو مذهب الشافعي رحمه الله لان فعل المملوك يضاف الى مالكه في موجبه ولذا لو قتلت غيرها كان المخاطب بدفعها او فدائها المولى فكان في الحكم كقتل المولى لها والاوجه ما ذكر في وجه قول من قال من المشايخ في روايتها بالسقوط وهو ان المهر يجب اولا للهاشم ينتقل الى المولى وفائدة الاولوية ما ذكرنا انه اذا كان عليه دين قضي ولم يبق للمولى الا ما فضل لزفر القياس على ردتها الاتفاقية وقتل المولى امته على قول ابي حنيفة والجامع بين المقيس وهو قتلها نفسها والمقيس عليه وهو ردتها ما بينا من منع المبدل قبل التسليم ولنا ان جناية المرء على نفسه هدر في احكام الدنيا انما يؤاخذ به في الآخرة ولذا قال ابو حنيفة رحمه الله ومحمد في قاتل نفسه يغسل ويصلى عليه ولم يعتبره باغيا على نفسه بخلاف ردتها فانها معتبرة في احكام الدنيا حتى حبست بها وعزرت وانفسخ نكاحها فسقط بها المهر بخلاف قتل المولى امته لانه اعتبر في احكام الدنيا حتى وجبت عليه الكفارة ولو سلم فقتلها نفسها تفويت بعد الموت وبالموت صار المهر للورثة فلا يسقط بفعلها حق غيرها اما الامة فمهرها ملك المولى فكان فعلها ابطالا لحق نفسه وهو يملكه كمن قال لغيره اقتل عبدي فقتله لا يجب عليه قيمته ولو قال الحر اقتلني فقتله كان على القاتل الدية لانه في الاول بحق نفسه وفي الثاني مبطلا لحق الورثة واستشكل بالحرة يقتلها وارثها لا يسقط المهر اجيب بانه صار محروما بالقتل فلم يكن بالقتل مبطلا حق نفسه في المهر **قوله** واذا تزوج امته فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رحمه الله العزل جائز عند عامة العلماء وكرهه قوم من الصحابة رضي الله عنهم لما في مسلم من حديث عائشة رضي الله عنها عن جذامة بنت وهب اخت عكاشة قالت حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم في اناس فسألوه عن العزل فقال ذلك الوأد

وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان للوطي حقا حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص
حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية
ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة

المفتي وكذا ذكر شبابة عن عاصم عن زرعة وصح عن ابن مسعود رضه انه قال هي الموءودة الصغرى وصح عن ابي امامة انه سئل عنه فقال ما كنت ارى مسلما
يفعله وقال نافع عن ابن عمر رض ضرب عمر على العزل بضع بنيه وعن عمر وعثمان رضهما انهما كانا ينهيان عن العزل والصحيح الجواز ففي الصحيحين عن جابر كنا
نعزل والقرآن ينزل وفي مسلم كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا وفي السنن عن ابي سعيد الخدري
ان رجلا قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي جارية فانا اعزل عنها وانا اكره ان يحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان العزل الموءودة الصغرى
قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه وفي صحيح مسلم عن جابر قال سأل رجل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان عندي جارية وانا اعزل
عنها فقال صلى الله عليه وسلم ان ذلك لا يمنع شيئا اراده الله تعالى فجاء الرجل فقال يا رسول الله ان الجارية التي كنت ذكرتها لك قد حملت فقال صلى الله عليه وسلم
انا عبد الله ورسوله هذه الاحاديث ظاهرة في جواز العزل وقد روي عن عشرة من الصحابة علي وسعد بن ابي وقاص وزيد بن ثابت وابي ايوب
وجابر وابن عباس والحسن بن علي وخباب بن الارت وابي سعيد الخدري وعبد الله بن مسعود رضهم وروي ايضا عن ابن عباس رض وحديث السنن يمنع حديث
جذامة وان كان في السنن فهو حديث صحيح وان وقع فيه اختلاف عن يحيى بن ابي كثير فقيل فيه عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن جابر وقيل فيه
عن ابي سلمة عن رفاعة وقيل عن ابي سلمة عن ابي هريرة رض فان الطرق كلها صحيحة وجاز ان يكون الحديث عند يحيى من حديث الكل
فيه الطرق الا ان يقال انما لا يعمل بحديث جذامة لانه يخرج عن الاصل اعني الاباحة الاصلية الا ان كثرة الاحاديث تدل على اشتهار خلافه
وقد اتفق [illegible] على انه لا يكون موءودة حتى تمر عليها التارات السبع اسند البوعلي وغيره عن عبيد بن رفاعة عن ابيه قال جلس ابي عمر علي والزبير
[illegible] في نفر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتذاكروا العزل فقالوا لا بأس به فقال رجل منهم انهم يزعمون انها الموءودة الصغرى
فقال علي لا تكون موءودة حتى تمر عليها التارات السبع حتى تكون سلالة من طين ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ثم تكون مضغة ثم تكون عظاما
ثم تكسى لحما ثم تكون خلقا آخر فقال [illegible] صدقت اطال الله بقاءك وفيه خلاف ما عن علي وعمر رض من المنع المتقدم ثم في بعض اجوبة المشايخ الكراهة وفي
بعضها [illegible] على الجواز في [illegible] الاقتصار الى اذنها في زوجته الحرة يفتقر الى رضاها وفي منكوحة الامة يفتقر الى الاذن والخلاف في انه للسيد او لها
وهي [illegible] في الفتاوى ان خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطا لاذنها
[illegible] الواقع اما ذكر صدر الشهيد والتابعي وفي بعضها وعن ابي يوسف ومحمد رح وهي النسخة الصحيحة لانه
[illegible] في الجامع الصغير انه لمولاها من غير حكاية خلاف وبقرينة قوله في وجه قول ابي حنيفة رح وجه ظاهر الرواية
[illegible] ان الوطي حقها حتى ان لها المطالبة وفي العزل تنقيصه فيشترط رضاها به كالحرة وجه الظاهر ان حقها في نفس الوطي قد تأدى
بالمهر فان قلنا الشهوة [illegible] الولد الحق به لمولاها لانه عبده ومستفاده فيشترط اذنه ثم اذا عزل باذنه او بغير اذنه ثم ظهر بها
[illegible] بل قبل العود [illegible] لم يحل لا يحل كذا روي عن علي رض لان بقية المني في ذكره يسقط فيها ولدا
[illegible] قبل البول ثم بال فخرج المني وجب عليه اعادة الغسل في فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل
[illegible] ليس منه كان في سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما ينزل فيقع الماء في الفرج الخارج
[illegible] عند العزل [illegible] قالوا الخصومة للمولى او لها على الخلاف وهل يباح الاسقاط بعد الحبل يباح ما لم يتخلق شيء منه

وان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عليه السلام لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري والتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فيملك رفع اصل العقد دفعا للزيادة ولذلك المكاتبة يعني

موضع قالوا ولا يكون ذلك الا بعد مائة وعشرين يوما وهذا يقتضي انهم ارادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة

قوله واذا تزوجت امة باذن مولاها او زوجها بهو برضاها او بغير رضاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا اما اذا زوجت نفسها بغير اذنه ثم اعتقها فيأتي انه ينفذ النكاح بالاعتاق ولا خيار لها والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا فلا خيار لها وهو قول مالك ومنشأ الخلاف الاختلاف في ترجيح احدى الروايتين المتعارضتين في زوج بريرة فكان حين اعتقت حرا او عبدا وفي ترجيح المعلل به اما الاول فثبتت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواها القاسم ولم تختلف الروايات عن ابن عباس رضي الله عنه انه كان عبدا وثبت في الصحيحين انه كان حرا حين اعتقت وهكذا روي في السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح والترجيح يقتضي في رواية عائشة رضي الله عنها ترجيح انه كان حرا وذلك ان رواة هذا الحديث عن عائشة رضي الله عنها ثلثة الاسود وعروة والقاسم فاما الاسود فلم يختلف فيه عن عائشة رضي الله عنها انه كان حرا واما عروة فعنه روايتان صحيحتان احداهما انه كان حرا والاخرى انه كان عبدا واما عبد الرحمن بن القاسم فعنه روايتان صحيحتان احداهما انه كان حرا والاخرى الشك ووجه آخر من الترجيح مطلقا لا يختص بالمروي فيه عن عائشة رضي الله عنها وهو ان رواية خيرها صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا يحتمل كون الواو للعطف فيه لا للحال وحاصلها انه اخبار بالامرين وكونه اتصف بالرق لا يستلزم كون ذلك كان حال عتقها هذا بعد احتمال ان يراد بالعبد العتيق مجازا باعتبار ما كان وهو شائع في العرف والذي لا مرد له من الترجيح انه رواية كان حرا نص من كان عبدا ولما قلنا وثبت زيادة فهي اولى ايضا فهي مثبتة وتلك نافية لعلمها بانه كان حالة الاصلية الرق والنافي هو المتوقيات والمثبت هو المخرج عنها واما المعنى المعلل به فقد اختلف فيه فالشافعي رحمه الله وغيره عتبوه عدم الكفاءة وهو ضعيف فان ثبوتها انما يعتبر في الابتداء لا في البقاء الا يرى انه لو اعتبر الزوج في البقاء او انتفى نسبه لا يثبت لها الخيار واصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لانها كانت بحيث تملك ثنتين فازداد الملك عليها وهذا من رد المختلف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكانه اعتماد على اثبات الاصل المختلف فيه واورد انه دفع ضرر باثبات ضرر وهو رفع اصل العقد واجيب بانها لا تتمكن الا به مع انه رضي به حيث تزوج امته مع علمه بانها قد تعتق ثم انه استضعف بان عدم ملكه الثالثة لا يستلزم نقصان مملوكيتها ولا ملكه الثالثة يستلزم طولها فقد تطول مملوكيتها مع ملكه ثنتين بان لا يطلقها اصلا الى الموت فلا ضابطة لذلك وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها روى ابو بكر الرازي بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لها حين اعتقت ملكت بضعك فاختاري وروى ابن سعد في الطبقات اخبرنا عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن ابي عبيد عن عامر الشعبي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك منك فاختاري وهذا مرسل وهو حجة واخرج الدارقطني عن عائشة رضي الله عنها ان صلى الله عليه وسلم قال لبريرة لما اعتقت اذهبي فقد عتق بضعك منك وليس لقوله ذلك فائدة فيما يظهر الا التنبيه على ثبوت اختيار ما نفسها وقد جاء في بعض طرق حديث بريرة ان صلى الله عليه وسلم قال لها ملكت نفسك فاختاري فقد تظافرت هذه الطرق على هذه العلة واذن قالوا يجب ان تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاه ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها حرا او عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت او دار الكتابة بعد ما زوجها سيدها برضاها او غيره وخالف زفر رحمه الله في المكاتبة وهي المسئلة التي تلي هذه في الكتاب واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم ان سيد الامة لو زوجها برضاها ومشاورتها في ذلك ان لا خيار لها وليس بصحيح والاوجه في استدلاله ان النص لم يتناولها وهو قوله عم ملكت بضعك فاختاري

اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر رحمه الله لا خيار لها لان العقد تم عليها برضاها وكان المهر لها فالمعنى لاثبات
الخيار خيار فرقة لانه لا يعتبر رضاها وكذا ان السلعة ازدياد الملك وقد وجد لها في الكتابة لان عدمها قران وطلاق قريبا
ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم عتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال
ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها بعد العتق فان كانت تزوجت بغير اذنه على
الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها
حتى اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ العقد بالعتق استند الى
وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا يجب مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد

لا المكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق واجيب بالمنع لان ملك البضع تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وانما كانت مالكة لاكسابها وتقابل
ان يقول قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس منادا الامنافع بضعك اذ لا يمكن ملكها لعينه وملكها لاكتسابها يتبع لملكها المنافع
نفسها واعضائها فيلزم كونها مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص وترجح قول زفر في المبسوط لو كانت حرة
في اصل العقد ثم صارت امة بان ارتدت امرأة مع زوجها ولحقا بدار الحرب مغلبا ثم سبيا معا ثم عتقت فلها الخيار عند ابي يوسف رح لانها بالعتق
ملكت نفسها وازداد ملك الزوج عليها وقال محمد رح لا خيار لها لان باصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقص الملك بعارض الرق
فاذا عتقت عاد الملك الى اصله كما كان فلا يثبت الخيار لها **قوله** وان تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح اي نفذ بمجرد العتق
ولا فرق بين الامة والعبد في هذا الحكم وانما فرضها في الامة ليترتب عليها المسئلة التي تليها تفريعا وعن زفر رح انه يبطل النكاح لان توقفه كان
على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته بعد بطلان ولايته واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة اذ لا
واسطة وصار كما اذا اشتريت ثم اعتقت يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم امكان القسمين وقلنا ان الامة والعبد من اهل العبارة ولذا صح اقرارهما في الديون
ويطالبان بعد العتق والمبيح العبادة من خواص الادمية وهي مبقاة فيهما على اصل الحرية وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال بالعتق وحاصل هذا انه نافذ
من جهتها ويجب ان ينفذ من جهة المولى ما دام حقه فاذا زال بقي النفاذ من غير جهته توقف واما البطلان فيما ذكر فليس بلازم بل يقال بل للنسوم تحول حكم العقد الواحد فانه
العقد موجب الملك للمولى لو نفذ بعد عتقها كان موجبا الملك لها وهذا على التعليل المنتقض بصورتي ما لو تزوج بغير اذن مولاه ثم اذن لا يجوز ذلك النكاح حتى يجدد
ما صنع واما اذا زوج فضولي شخصا ثم وكله توقف على اجازة الفضولي بعد الوكالة واما اذا زوج ولي البعيد مع وجود الاقرب ثم غاب الاقرب او مات فتحولت الولاية الى
الزوج توقف على اجازة مستانفة منه وكذا سيد المكاتبة الصغيرة اذا زوجها بلا اذنها توقف على اجازتها فان اذن وعتقت لا يجوز ذلك النكاح الا باجازة
مستقلة من السيد مع انه المزوج اجيب عن الاول والثاني بان الاذن والتوكيل فك الحجر بالنسبة الى ما يستقبل من وقتها فلا يعملان فيما
مضى وكان مقتضى هذا ان لا يجوز بالاجازة ايضا الا انا استحسنا ذلك وعن الثالث بان الابعد لم يكن وليا حين زوج ومن ليس وليا في شيء لا ينافي شيء النظر
في عواقبه ويحكم الرأي فيه بل يتوانى اتكالا على رأي الاقرب فلم يكن النكاح على الوجه الاصح ظاهرا فيجب توقفه على اجازته بعد صيرورته وليا ليثبت
ظهور كونه اصلح قال في الفوائد الظهيرية وبهذا الحرف يقع الانفصال عن النقض الرابع يعني سيد المكاتبة الصغيرة وقد يفرق بان المولى
الابعد انما يظهر فيه ترك النظر بعد تسليم ظهوره فيه لاعتماده على رأي الاقرب اياها فلا يتجه اعتماد المولى على رأي الصغيرة فيترك النظر فكان
الظاهر النظر منه لظهوره من مجرد الدين والنسبة الخاصة من غير ايجاب بطلان ظهوره فيه فيجب الحكم بالنفاذ بالعتق على ما قدمناه من النظر
ووعدناه من الزيادة ويجب لها خيار البلوغ **قوله** ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق وخيار العتق انما شرع في نكاح نافذ قبل العتق لرفع
زيادة الملك فلا يتحقق زيادة لذلك واورد ينبغي ان يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر ان النفاذ قبل العتق والجواب ان الشيء يثبت ثم يستند
وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار معه **قوله** فان كانت تزوجت على الف ومهر مثلها مائة فانه نص على زيادة المسمى على مهر المثل فالجواب
على التفصيل ان دخل بها قبل العتق فالمهر للسيد لانه استوفى منافع مملوكة له او بعده فلها لانه استوفى منافع لها وكان يتأخر ان في الوطء قبل
العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية ح فكان دخولا في نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى

العتق

باستناد النفاذ فلا يجب الا مهر واحد او من وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له عليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة
ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان
الحاجة الى بقاء نسله دونها الى بقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبل الاستيلاد
شرطا له اذا لم يصح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج
بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطئ يلاقي ملكه فلا يلزم المهر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب المهر لانهما
يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه والمسئلة معروفة

منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما تثبت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها
والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا اعتقت ووطئت يجب المسمى لها لانه صح بصحة العقد فيجب مهر ان المسمى ومهر المثل لكن
انهدم ذلك كله بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذلك العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب
معه لا يقال فيجب ان يكون المهر في الوجهين لها لانه بالاستناد صارت مالكة لمنافع بضعها من وقت العقد لانا نقول الاستناد يظهر في القائم لا في الفائت
ومنافع البضع فائت فحين ماتت كانت على ملك المولى فكان بدلها له وقد يورد فيقال لو استند الى اصل العقد يجب كون المهر للمولى كما لو تزوجت
باذن المولى ولم يدخل بها حتى اعتقها وهو بمعزل عن صورة المسئلة فانها النفاذ بالعتق وبه يملك منافعها بخلاف النفاذ بالاذن والرقائم هذا
اذا كانت الامة كبيرة فان كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز جاز فاذا
بلغت بعد ذلك فلها خيار البلوغ الا اذا كان المجيز ابا او جدا وقدمنا في باب الاولياء انه يستغني بخيار الادراك عن خيار العتق لان المنجز **قوله** ولهذا اي الاستناد
بالاستناد لم يجب مهر اخر اي مهر المثل بالدخول في نكاح موقوف وقد ذكرناه **قوله** ومن وطئ جارية ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها
ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب وليس عبدا ولا مكاتبا ولا كافرا ولا مجنونا فان كان الاب واحدا من هؤلاء لم تصح الدعوة لعدم الولاية
ولو افاق المجنون ثم ولدت لاقل من ستة اشهر صح استحسانا لا قياسا ولو كان من اهل الذمة الا ان ملتهما مختلفة جازت الدعوة من الاب
ويشترط ايضا كون الامة في ملك الابن من وقت العلوق الى الدعوة فلو حبلت في غير ملكه او فيه واخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح الدعوة لان الملك
انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق الى التملك فلا يشترط في صحتها دعوى الشبهة
ولا التصديق الابن ودعوة الجد لاب كالاب ولا تصح دعوة الجد لام اتفاقا وشرط دعوة الجد لاب ان يكون حال عدم ولاية الاب لموت وجنون
او رق او كفر وان تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته
لما قلنا في الاب **قوله** ووجهه اي وجه هذا المجموع ان للاب ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى بقاء نفسه لما سنذكره كذا الى صون نسله لان كنفسه اذ هو
جزؤه لكن الحاجة الى ابقاء النفس اشد منها الى حفظ النسل فلذا يتملك الطعام بغير قيمة والجارية بالقيمة ويحل له الطعام عند الحاجة ولا يحل له
وطئ جارية ابنه عند الحاجة اليه عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن انس وابن ابي ليلى ويجبر الابن على الاتفاق عليه دون دفع الجارية اليه للتسري فلحاجة
جارية التملك والتصور ناوضينا عليه القيمة مراعاة للجنين وتحصيلا للمقصودين مقصود الاب والابن اذ البدل يقوم مقام المبدل ولا مهر عليه وهو
مهر مثلها في الجمال اي ما يرغب فيه في مثلها جمالا لا نقطة واما ما قيل ما يستاجر به مثلها للزنى لو جاز فليس معناه بل العادة انما يعطى لذلك اقل مما يعطى مهرا
لان الثاني للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادة عليه خلافا لزفر والشافعي فانهما يوجبان العقر عليه لثبوت ملكه فيها قبل الوطئ شرطا لصحة الاستيلاد
عندنا وعنده قبل العلوق لان ثبوته ضرورة صيانة الولد وهي مندفعة باثباته كذلك دون اثباته قبل الوطئ قلنا لا نسلم كون الفعل زنا ضياع الماء
فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه لاستحالة ثبوت الملزوم دون لازمه الشرعي والا فلا لزوم فظهر ان الضرورة لا تندفع الا باثباته قبل الايلاج بخلاف ما لو
لم تحبل حيث يجب العقر ولو كانت مشتركة بين الاب والابن او غيره تجب حصة الشريك الابن من غير ومن العقر وقيمة باقيها اذا حبلت لعدم تقديم
الملك في كلها لانتفاء موجبه وهو صيانة النسل اذ ما فيها من الملك له يكفي لصحة الاستيلاد واذا صح ثبت الملك في باقيها حكما له لا شرطا ثم مقتضى قوله ان لا يجب

قال ولو كان الابن تزوجها اباه فولدت لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر لانه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي ره لخلوها عن ملك الاب الا يرى ان الابن ملكها من كل وجه فمن المحال ان يملكها الاب من وجه وكذا يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه الا انه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير ام ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لانه ملكه اخوه فعتق عليه بالقرابة **قال** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وقال زفر رحمه الله لا يفسد واصله انه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين

قيمة الولد بلا تردد كقولنا لكن في قول يجب ولا حد قاذفه اتفاقا لان شبهة الخلاف في ان الملك ثبت قبل الايلاج او بعده يسقط احصانه **قوله** ولو كان الابن تزوجها اي زوج امته اباه فولدت منه لا تكون ام ولد للاب ولا قيمة عليه للابن وعليه المهر له والولد حر وهذا لانه صح النكاح خلافا للشافعي ره لان عنده لا يجوز تزوج الاب جارية الابن ومبنى الخلاف فيه ان الثابت للاب في جارية ابنه حق ملك عنده فيمتنع تزوجه اياها كامة مكاتبه والامة المشتركة وحق التملك عندنا من وجه واستدل عليه بانه اي الابن يملك من التصرفات فيها ما لا يبقى معه ملك الاب ولو قال ما لا يجامعه ملك الاب كان اولى فلا يكون للاب فيها ملك من وجه فهذه التصرفات هي وطيه اياها وانفراده بتزويجها واعتاقها من غير ان يضمن للاب شيئا فهذه لوازم المركب من ملكه وعدم ملك الاب من كل وجه واذا ثبت هذه الاحكام اجماعا لزم كون المراد بما رواه الامام احمد انت ومالك لابيك اثبات حق التملك لا حق الملك وهو لا يمنع صحة النكاح الا يرى ان الواهب يملك التزوج بالموهوبة وله حق تملكها بالاسترداد واصل الحديث في السنن من رواية عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان والدي يحتاج الى مالي قال انت ومالك لوالدك وروى لابيك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم واما ما روي فيه عن حديث عائشة رض عنه صلى الله عليه وسلم ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا من اموالهم معلقة بمجرد الاكل فان قيل لا نسلم ان حل الوطي دائما دليل الملك من كل وجه لثبوت ذلك في ام الولد والمدبرة مع عدمه بدليل عدم اجزائهما عن الكفارة قلنا بل هما مملوكتان من كل وجه وعدم الاجزاء لانعقاد سبب الحرية فيهما فكان نقصانا في رقهما لا في ملك السيد واعلم ان المجاز لا بد منه في التركيب لانه اضاف المال للابن بقوله ومالك وهو يفيد الملك لانه حقيقة الاضافة في مثله ثم اضافه مع الابن للاب باللام المفيدة للملك في مثله والعطف عطف مفرد ولا يمكن حقيقة الملك في الابن فلزم في المال ايضا فنفي حقيقة الملك والا كانت اللام للمعنيين مختلفين في اطلاق واحد فبقي تعيين المعنى المجازي اهو حق او حق التملك فقد يقال حق الملك اقرب الى الحقيقة والمجاز الاقرب اليها اولى لكن الاحكام التي ذكرنا تمنع حق الملك لانه ملك من وجه وهي تمنعه واذا لم يكن فيها حق الملك جاز النكاح وبه يصير ماؤه مصونا فلا يصير به ام ولد للاب ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها لانه لا يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لانه ملكه اخوه فيعتق عليه وعن زفر ره انها تكون ام ولد له لانها لما كانت ام ولد له بالفجور للاب ولا قيمة عليه فيها فاولى بالحل بعد صدوره عنه فان امومية الولد فرع لملك الامة وملكها ينافي النكاح انما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح **قوله** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل فسد النكاح وكذا اذا كانت الامة تحت حر فقال لسيدها ذلك فسد نكاحه وقال زفر ره لا يفسد واصل الخلاف ان العتق فيه يقع عن الآمر عندنا حتى يكون ولاؤه له ولو نوى به الكفارة تسقط عنه وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء والمقتضى هو تصحيح كلامهما صونا له عن اللغو اذ لا مانع منه بخلاف ما لو قال لعبده اعتق هذا العبد عن كفارة يمينك لا يعتق المخاطب تصحيحا لكلام السيد لان الحرية اصل للتكفير بالمال واصل الشيء لا يكون تبعا لفرعه ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك لا يقال ملك الآمر ملك غير مستقر ومثله لا يوجب انفساخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته لموكله لا يفسد نكاحه مع ثبوت الملك اولا له لانا نقول الملك ملزوم للانفساخ فاذا ثبت ثبتت الا يرى ان من قال لامرأته اذا اشتريتك فانت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح مع عدم استقرار ملكه وعدم الانفساخ في مسئلة الوكيل لعدم ثبوت الملك اولا له بل ابتداء يثبت للموكل في الصحيح كالعبد يتهب يقع الملك لمولاه ابتداء وان وقع للوكيل لكنه يتعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب الفسخ اذ لم يخلص ثبوته له التخليص

ولو قال اعتقه عني ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض يصحح التصرف ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه فطعامه ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن استفادته الا باثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي ذلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين لانه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة وفي الوجه الثاني كما قال زفر رحمه الله لهما ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وانما لا يتعرض لهم اذا تركوا اعراضا لا تقريرا واذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيه ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات

ثبوت المزوم فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف وامره باعتاقه عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ضمنا للاعتاق الصريح الواقع جوابا واعلم انه لو صرح بالبيع فقال بعتك واعتقته لا يقع عن الآمر بل عن المامور فيثبت البيع ضمنا في هذه المسئلة ولا يثبت صريحا كبيع الاجنبة في الارحام وهذا لان الثابت مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشرط العتق الاهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت في المامور فاذا صرح به يثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم الا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه **قوله** ولو قال ما تقدم كان اذا ذكر ما لا مع الامر فلو اقتصر على قوله اعتقه عني ففعل المامور فعند ابي يوسف يقع عن الآمر ويتضمن الهبة ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ففعل يسقط عن الآمر مع انه لا قبض هنا منه وعندهما عن المامور وحاصل وجههما ان فيه شرطا لا يمكن اثباته اقتضاء وهو القبض لانه فعل حسي غير القول والفعل الحسي لا يوجد في ضمن القول ففعل اليد الذي هو الاخذ لا يتصور ان يتضمنه فعل اللسان فيكون موجودا بوجوده بخلاف القول فانه يضمن ضمن قول آخر ويعتبر مرادا ملحقه وهذا ظاهر وقول ابي اليسر قول ابي يوسف اظهر لا يظهر بخلاف ما قاس عليه لان الفقير يكون نائبا عن الآمر فيكون قابضا له ثم بالاستيفاء يصير قابضا لنفسه اما العبد فلا يقع في يده شيء بالعتق ليمكن اعتباره قابضا نيابة او لاهل العتق تتلف ماليته

باب نكاح اهل الشرك

لما فرغ من نكاح المسلمين بمرتبته من الاحرار والارقاء شرع في بيان نكاح الكفار مطلقا كتابيين او غيرهم وهو المراد باهل الشرك اما تغليبا واما ذهابا الى ان اهل الكتاب داخلون في المشركين على ما اختاره بعض الصحابة وقدمناه في فصل المحرمات واما اطلاقا للمشرك عليهم باعتبار قول طائفة منهم عزير ابن الله والمسيح ابن الله تعالى الله تعالى رب العزة والكبرياء وقدمنا انه انما اعقب باب المهر بفصل مهور الكفار تتميما لباب المهر تبعا واعلم ان كل نكاح صحيح في حق المسلمين فهو صحيح اذا تحقق بين اهل الكفر لتظافر الاعتقادين على صحته ولعموم الرسالة فحيث وقع من الكفار على وفق الشرع العام وجب الحكم بصحته وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك ولا تصح انكحتهم بناء على تناول الخطاب العام اياهم مع ملزومية انكحتهم لعدم بعض الشروط كالولاية وشهادة المسلمين واستشكله بعض المالكية لثبوت ولاية الكافر على الكافرة ولعدم اشتراط الشهادة في العقد عندهم قال ولو قلنا انها شرط فاذا عقده جماعة من المسلمين ينبغي ان يصح لكنهم يطلقون عدم الصحة وقال فينبغي ان يقال ما صادف شروط الصحة فهو صحيح وما لا فلا فاستدلنا قوله تعالى وامرأته حمالة الحطب وقوله صلى الله عليه وسلم ولدت من نكاح لا من سفاح واسلم فيروز على اختين فقال له صلى الله عليه وسلم اختر احديهما واسلم ابن غيلان على عشر فقال له صلى الله عليه وسلم امسك اربعا الحديث ومن حين ظهرت دعوته صلى الله عليه وسلم والناس يتوارثون الاسلام الى ان توفي صلى الله عليه وسلم على ما قيل عن سبعين الف مسلم غير النساء فلم ينقل قط ان اهل بيت جددوا انكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف ولو كان لنقلت العادة بنقله فعلم انه قول باطل **قوله** واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين اي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر الا انا لا نتعرض لهم قبل الاسلام او المرافعة الى الحكام فالواو بمعنى او وقال ابو يوسف ومحمد رح في الوجه الاول وهو النكاح بلا شهود كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني وهو في عدة كافر كما قال زفر رح لزفر ان الخطابات عامة على ما مر في فصل الذي يذيل باب المهر من وجوب ثبوت الحكم على العموم لعدم المخصص وهم مخاطبون بالمعاملات والنكاح منها وانما لا نتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق لقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولهما وهو الفرق ان نكاح المعتدة مجمع على بطلانها عندنا وكانوا ملتزمين لها على ما مر هناك ايضا من ان مذهبهما

ولا يجيء فيه ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة فاذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا في المعتدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان الحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما ومرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما يبطل مرافعة صاحبه اذ لا يتغير به اعتقاده اما اعتقاد المصر بالكفر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما

ان اهل الذمة التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات وهذا التقييد لحيث افاد انهم التزموا المجمع عليه في ملتنا لا مطلقا **قوله** ولا يجيء فيه ان الحرمة اي حرمة النكاح لغير شهود ونكاح المعتدة لا يمكن حقا اثباتها للشرع اي الشارع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت الكتابية تحت مسلم طلقها فانه تجب العدة حقا له لانه يعتقده فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها واذا صح النكاح حال صدوره فحال المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها بل في ابتداء العقد لصحته وكذا العدة لا تنافيها اي لا تنافي حالة بقاء العقد كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة حيث يثبت وجوب العدة عليها حال قيام النكاح مع وجوبها وحرمتها عليه هذا التقرير يفيد ان العدة لا تجب اصلا عنده حتى لا يثبت للزوج الرجعة بمجرد طلاقها لانه انما كلمنا في العدة ولا يثبت نسب ولدها اذا اتت به بعد الطلاق لاقل من ستة اشهر وبه قالت طائفة من المشايخ وقيل تجب عنده ولكنها ضعيفة لا تمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء يجوز تجويز الامة في حال قيام وجوبه على السيد وقيل الاليق الاول لما عرف من وجوب تركهم وما يدينون وفيه نظر لان تركهم تحرزا عن الغدر لعقد الذمة لا يستلزم صحة ما تركوا واياه كالكفر تركوا واياه وهو الباطل الاعظم ولو سلم لم يستلزم عدم ثبوت النسب في الصورة المذكورة لجواز ان يقال لا تجب واذا علم من له الولد بطريق آخر وجب الحاقه به بعد كونه عن فراش صحيح وخصها به لاقل من ستة اشهر من الطلاق مما يفيد ذلك فيلحق به وهم لم ينقلوا عن ابي حنيفة رح ثبوته ولا عدمه بل اختلفوا ان قوله بالصحة بناء على عدم وجوبها فيتفرع عليه ذلك او لا فلا وكذا ان نقول بعدمها ويثبت النسب في الصورة المذكورة وفي المبسوط ان الخلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة او الاسلام والعدة قائمة اما اذا كان بعد انقضائها فلا يفرق بالاجماع ثم هنا نظر ان الاول مقتضى توجيه ابي حنيفة رح ان الكفار لا يخاطبون بالمعاملات وهو خلاف ما ذكره المشايخ في الاصول من ان الاتفاق على انهم مخاطبون بها في احكام الدنيا والمسئلة ليست بمحفوظة عن المتقدمين وانما استنبطها مشايخ بخارى من بعض تفريعاتهم كمن نذر صوم شهر ثم ارتد ثم اسلم لا يلزمه النذر بعد ذلك والعراقيون على انهم مخاطبون بالكل وانما قلنا انه خلاف لان النكاح من المعاملات وكونه من حقوق الشرع لا ينافي كونه معاملة فيلزم اتفاق الثلاثة على انهم مخاطبون باحكام النكاح غير ان حكم الخطاب انما يثبت في حق المكلف ببلوغه اليه والشهرة تنزل منزلته وهي متحققة في حق اهل الذمة دون اهل الحرب فمقتضى النظر التفصيل الثاني ان نفي ابي حنيفة رح العدة هنا انما هو فيما اذا كانوا يعتقدون عدمها ومقتضاه اذا كانوا يعتقدون وجوبها ان لا يصح ويجب التجديد بعد الاسلام لانه حين وقع كان باطلا فيلزم في المهاجرة لزوم العدة اذا كانوا يعتقدون لان المضاف الى تباين الدار الفرقة لا نفي العدة وتعليل النفي هناك بقول المص لانها وجبت اظهارا لخطر النكاح السابق ولا خطر لملك الحربي بالآية قد يشكل عليه بقاء ملكه للنكاح اذا سبي الزوجان معا وسنذكره تتمة

قوله فان تزوج مجوسي امه او بنته او مطلقته ثلثا او جمع بين خمس او اختين في عقدة ثم اسلما او احدهما فرق بينهما اجماعا لان نكاح المحارم وما معه له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما ذكرنا يعني من قوله في المسئلة التي قبلها ان اهل الذمة التزموا المجمع عليه عندنا وهذه الانكحة مجمع على بطلانها فيلزم حكمها وعلى ما حققناه من ان الكفار مخاطبون بالكل كقول العراقيين او بالمعاملات كقول البخاريين يجب الاتفاق بين الثلاثة على انه له حكم البطلان باعتبار شيوع خطابات الاحكام في دارنا فتجعل نازلة في حقهم اذ ليس في وسع المبلغ سوى اشاعتها ودون ان يجعلها لكل واحد غير انا تركناهم وما يدينون بامر الشرع فاذا اسلما او اسلم احدهما وجب التفريق واما على ما اختاره القاضي ابو زيد واتباعه وجعله المص وغيره الصحيح من ان له حكم الصحة عنده حتى تجب النفقة اذا طلبت ولا يسقط احصانه بالدخول فيه حتى لو اسلم فقذفه انسان يحد خلافا لمشايخ العراق القدوري وغيره فانهم لا يوجبون النفقة

ولا ينبغي ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ومرتدة لانه مستحق للقتل والقتل ضرر التأمل والنكاح يشغله عنه فلا
يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وحدة الزوج تشغلها ولانه لا ينتظم المصالح
والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير
صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه
نوع نظر له اذ المجوسية شر منه والشافعي رحمه الله يخالفنا فيه للتعارض ونحن اثبتنا الترجيح

والاجتهاد بناء على ان الخطاب غير نازل في حقهم لانكارهم مع عدم ولاية الالزام فلان الحرمة تنافي البقاء كما تنافي الابتداء لكونها عدم المحل وانت علمت
من هذا كله خلاف مقتضى النظر كما ينبغي ان يكون هو الوجه المختار وانما يصح ذلك في الحربيين لعدم شيوع الخطاب في دار الحرب ولانه لا يبلغهم فلا يثبت
حكمه في حقهم فيجب التعليل بمنافاة الحرمة كما ذكرناه واما اذا اسلما فعلى الاعتبارين يفرق لانهما رضيا بحكم الاسلام فالقاضي كالحكم واما بمرافعة
احدهما فقط لا كذلك يفرق كاسلام احدهما وعند ابي حنيفة رح لا فرق بين اسلام احدهما وفرقه لان باسلام احدهما ظهر شرعية الآخر عليه لتغير اعتقاد المصر لا يارض
اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى بخلاف مرافعة احدهما ورضاه فانه لا يتغير به اعتقاد الآخر فبقي الامر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض
والاوجه تخريج الخلاف على الخلاف في انه عين صدقه كان باطلا عندنا لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا انقاد احدهما بحكم الاسلام كان كاسلامه
وعنده كان صحيحا ورفع احدهما لا يرجحه على الآخر في ابطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة بذلك بعد الاسلام او المرافعة اما اذا لم يكن
احدهما فلا تفريق الا في قول ابي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين انه يفرق اذا علم ذلك لما روي ان عمر رض كتب الى عماله ان فرقوا بين
المجوس ومحارمهم اجيب بانه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا اهل الذمة وما هم عليه من نكاح
المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب عليه ما ذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما انت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت
الفتوحات الى يومنا لم يشتغل احد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع وفي الغاية معزيا الى المحيط لو طلبت المطلقة ثلثا التفريق
يفرق بينهما وكذا في الخلع بين اختلعت من زوجها الذمي ثم امسكها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما اعطيناهم العهد على
تقريرهم على الظلم كذا في المطلقة الثلث لانهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقدوا خصوص عدد وفي النهاية لو تزوج اختين في عقدة
ثم فارق احدهما ثم اسلم احدهما ان الباقية نكاحها على الصحة حتى اقر عليه انتهى وينبغي على قول مشايخ العراق وما ذكرنا من التحقيق ان يفرق لوقوع
العقد فاسدا ووجب التعرض بالاسلام **قوله** ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة اما المسلمة فظاهر لانها تكون تحت كافر واما الكافرة
فلانه مقتول معنى وكذا المرتدة لا تزوج اصلا لانها محبوسة للتأمل ومنافاة المنع مطلقا عدم انتظام مقاصد النكاح وهو لم يشرع الا لها
فكان احق بالمنع من منع تزوج المرأة عبدا وبالعكس **قوله** فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه تحقيق من الطرفين في الاسلام الغالب
بانحيازه كافرين فاسلمت او اسلم ثم جاءت بولد قبل العرض على الآخر والتفريق او بعده في مدة يثبت النسب في مثلها او كان بينهما ولد صغير قبل الاسلام احدهما
فانه باسلام احدهما صار ذلك الولد مسلما هذا اذا كانا في دار واحدة اما لو تباينت دارهما بان كان الاب في دار الاسلام والولد في الحرب او على العكس
فانه لا يصير مسلما باسلام ابيه وسنذكر ما في السير في فصل من باب المستأمن ان شاء الله تعالى واما في الاسلام الاصلي فانما يتحقق بان يكون
الام كتابية والاب مسلم فما جاءت به مسلم فرح لاحاجة الى التنصيص الى هذه بقوله وكذلك اذا اسلم احدهما الخ فانها داخلة في عموم الاولى ومن افرادها
وهذه اجماعية فنص عليها اما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا اتفاقا او اذا حكمنا بان الولد كتابي بجامع الاقرب فالولد في الدنيا بالاقرب من المسلمين
بالاحكام من حل الذبيحة والمناكحة وفي الاخرى بنقصان العقاب اذا كانت الكتابية اخف شرا من المجوسية فيثبت الولد كذلك ويتبعه في الاحكام
والشافعي رح يخالفنا فيه اي فيما اذا كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فيقول فيما اذا كان الاب كتابيا والام مجوسية انه مجوسي في اصح قوليه
وبه قال احمد رح تغليبا للتحريم وقوله الآخر انه كتابي تبعا لابيه وبه قال مالك رح لان الانتساب الى الاب ولو كانت الام كتابية والاب مجوسي فهو تبع

واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما

قولا واحدا فلا تحل له مناكحته ولا ذبيحته فقد جعله مجوسيا مطلقا وقوله للتعارض اي تعارض الالحاقين اي الالحاق باحدهما يوجب حرمات وبالآخر يوجب الحل فيغلب موجب الحرمة وهو بالالحاق بالمجوسي ونحن بنينا الترجيح بالقياس بجامعه وهذه الاحكام انما تثبت تبعا والمقصود الاصلي اثبات بانته على وجه النظر له على ما بنينا ايضا قوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على فطرة الاسلام حتى يكون ابواه اللذان يهودانه الحديث جعل اتفاقهما فالاله عن الفطرة واذا لم يتفقا بقي على اصل الفطرة او على ما هو اقرب الى اصل الفطرة كذا قيل ولا يخفى ما فيه واما ما قيل في ترجيح ترجيحنا على ترجيح الشافعي بان ترجيحه يرفع التعارض وترجيحنا يدفعه فلا حاصل له اذا تأملت واعلم ان التعارض هنا يجوز فان ثبوته بثبوت المتعارضين مستلزمين لحكميهما وليس هنا الا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير الآخر فلما اشترك مع المعارض في ترجيح احدهما بالقول سمي تعارضا والا فالتعارض تقابل الحجتين وليس هنا حجة فضلا عن تثنيتين **قوله** واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر سواء كان كتابيا او غيره اذ لا يصح تزوج الكافر مطلقا مسلمة ولو وقع عوقب وعوقبت ايضا ان كانت عالمة بحاله والساعي بينهما ايضا امرأة او رجلا ولا يصير به ناقضا لعهده وان كان ذميا فلا يقبل خلافا لمالك قياسه على ما اذا جعل نفسه طليقة للمشركين بجامع انه باشر ما ضمن بعقد الذمة ان لا يفعله قلنا كالزام المسلم بالاسلام ان لا يفعل محظوره وبفعله لا يصير شرعا ناقضا لايمانه فيفعل الذمي بالتزم بعقد الذمة ان لا يفعله لا يصير ناقضا لامانه وقبل الطليقة لانه حارب معنى ولو اسلم بعد النكاح لا يقران عليه ولا يلحقه اجازة لانه وقع باطلا وقال في اسلام الرجل وان اسلم الرجل وتحته مجوسية لان كفر المرأة مطلقا لا يمنع تزوج المسلم بها بل غير الكتابية فلذا فرضناها في المجوسية وحاصل المسئلة انه اذا اسلم احد الزوجين اللذين هما مجوسيان والزوجة منهما مجوسية والزوج كتابي والزوجة من الكتابيين او الزوجة الكتابية والزوج مجوسي عرض على المصر الاسلام اذا كان بالغا او صبيا يعقل الاديان لان ردته معتبرة فكذا اباؤه والنكاح قائم فان ابى فرق بينهما وان كان الصبي مجنونا عرض على ابويه وينبغي ان يكون معنى هذا ان اي الابوين اسلم بقي النكاح لانه يتبع المسلم منهما وان لم يكن مجنونا لكنه لا يعقل الاديان بعد لنظر عقله لان له غاية معلومة بخلاف المجنون هذا على قولهما اما على قول ابي يوسف رح فاختلف المشايخ في ابا الصبي قيل لا يعتبر كما لا تعتبر ردته عنده وقيل نعم وصححه بعضهم وفرق بينه وبين الردة وحكم الصبية كالصبي وما لم يفرق القاضي هي امرأته حتى لو مات الزوج قبل ان تسلم امرأته الكافرة وجب لها المهر وان لم يدخل بها لان النكاح كان قائما وتتقرر بالموت وقال الشافعي رح لا يعرض على المصر لانه تعرض منهي عنه بل النكاح الاسلام قبل الدخول القطع النكاح في الحال لعدم تأكد النكاح بعد تأجيل الى انقضاء ثلثة اطهار وقول المصر ثلاثة حيض لا يأتي على مذهبه في العدة وان لم يسلم تزوجت قلنا اعتبار انقضاء العدة قبل الفرقة واضافة انقطاع النكاح الى الاسلام لا نظير له في الشرع ولا اصل يلحق به قياسا بجامع صحيح ولا معنى يفيده بل الثابت شرعا اعتبار العدة بعد الفرقة ولنا انه لا بد من سبب يضاف الفرقة اليه والاسلام عاصم قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها فقد عصموا من دمائهم واموالهم واختلاف الدين منتقض بتزوج المسلم كتابية اولانه يرجع الى اسلام المسلمين لانه الذي به حصل الاختلاف وكفر المصر لا يمكن والا لم يصح النكاح من الاصل فلم يبق الا اباء الاسلام لانه يصلح قاطعا فاضفنا انقطاع النكاح اليه فكان هو المناسب وفي الموطا عن ابن شهاب الزهري ان ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن امية فاسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان ابن امية من الاسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين امرأته وبينه حتى اسلم صفوان واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح والتعرض الممتنع الجبار بنفس الكلام عنه تخييره الا يمتنع ولانه استعلام حكم شرعي بل تنزل بالمرأة اولا ثم تأيد بما ذكره الطحاوي وابن العربي في المعارضة ان عمر رض فرق بين نصراني ونصرانية بابيه عن الاسلام وذكر اصحابنا ان علا

فكان ذلك طلاقا عند الجميع وجحده رد وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته

وان ابت فرق القاضي بينهما ولم يكن الفرقة بينهما طلاقا وقال ابو يوسف رحمه الله لا يكون الفرقة طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله

لا يعرض الاسلام لان فيه تعريضا للفرقة وقد تمت بانقضاء العدة ان لا تعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير منافيه فينقطع بنفس الاسلام

وبعده مؤكد فيتأجل الى انقضاء ثلث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب يبتني عليه الفرقة والاسلام طارئ لا يصلح

سببا لها فيعرض الاسلام ليحصل المقاصد بالاسلام او يثبت الفرقة بابائه فحجة قول ابي يوسف رحمه الله ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا

كالفرقة بسبب الملك ولهما ان الاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الحجب والنفقة اما الاباء

فليست باهل للطلاق فلا ينوب منابها عند اباءها ثم اذا فرق القاضي بينهما باباءها فاما الحي اذا كان دخل بها فلا عدة لها

لان الفرقة من قبلها والحي لم يتأكد فاشبه الردة والطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم يقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلث

حيض هو بين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا

شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حق البرء ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رحمه الله يفصل كما مر له في دار الاسلام

واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وسيأتيك ان شاء الله تعالى

من تغلب اسلمت امرأته وهي نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له اسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق بينهما وظهر حكمه بينهم ولم ينقل خلاف صدره

قوله وكان ذلك يعني تفريق القاضي عند اباء الزوج طلاقا بائنا والحاصل ان ابا يوسف لا يفرق بين التفريق في الصورتين بجعله فسخا

لا ينقص شيئا من عدد الطلاق وابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يجعلان الفرقة باباء الزوج طلاقا وباباء المرأة فسخا لابي يوسف ان الفرقة باباء الزوج فسخا

لابي يوسف رحمه الله بسبب يشترك فيه يعني الاباء فانه ممن اسلم عن الكفر وممن لم يسلم عن الاسلام او هو على معنى انه يمكن تحققه من كل منهما فاذا وجد منه

لا يكون طلاقا فاذا يوجد منهما ولا يكون طلاقا وانفرض وحدة السبب وصار كالفرقة بسبب الملك وخيار البلوغ والحرمية بالرضاع فانه يشترك فيه لمعنى انه

يتحقق سببا من كل منهما فكان فسخا ولهما ان فات الامساك بالمعروف فوجب التسريح باحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه في

ذلك فيكون طلاقا اذا كان تاليا ممن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه التفريق وهو الذي اليه الطلاق واما المرأة فالذي اليها عند

قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا ابت ناب القاضي منابها فيما اليه التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضي نائب منابهما في حياته

فيهما بخلاف ما قاس عليه من الملك والحرمية فان الفرقة فيهما لا بهذا المعنى بل للتنافي واما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق

الخلل الى المقاصد بسبب تصور مشقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون النكاح انعقادا من الاصل

والوجه في الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا وبخلاف ردته ايضا على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الفرقة فيها للتنافي اي هي تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء

ولذا لا يحتاج في ذلك كله الى حكم الحاكم وانما احتيج اليه في خيار البلوغ لانه لدفع ضرر خفي والضرر في هذا جلي ويحتاج اليه في الاباء غير مناف

للنكاح **فرع** يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الابي بعد التفريق عليهما ما دامتا في العدة اما في الاباء فلان الفرقة بالطلاق

واما في الردة فلان الحرمية بالردة غير متابدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليهما في العدة مستتبعا فايدته من حرمتها عليه بعد الثلث

حرمة مغياة بوطي زوج آخر بخلاف حرمة الحرمية فانها متابدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة **قوله** واذا اسلمت المرأة في دار الحرب

وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض والا فثلثة اشهر فان اسلم الآخر قبل انقضاء العدة

هذه المدة فهما على نكاحهما وان لم يسلم حتى انقضت وقعت الفرقة ثم قال المص واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية بانكان الذي اسلم هو الزوج

فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما قال وسيأتيك يعني في مسئلة المهاجرة فالحاصل انه لا عدة بدون البينونة عند ابي حنيفة

في الصورتين وعندهما اذا كانت هي المسلمة فعليها العدة وهكذا ذكر شمس الائمة وكأنه اخذه من قول محمد رحمه الله في السير فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب

بعد ان ذكر الفرقة بشرطها وعليها ثلث حيض اخرى بعد الثلث الاول وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلث الحيض الاواخر

ثم قال محمد وينبغي في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله ان لا يكون عليها عدة واما الطحاوي فقد اطلق وجوب العدة عليها حيث قال ومن اسلمت امرأته في دار الحرب

الى ان قال فاذا حاضت ثلاثا وجبت عليها العدة بعد ذلك ثم علل الحكم المذكور فقال وهذا اي توقف البينونة على انقضاء المدة المذكورة لانه لا بد

من سبب يضاف اليه الفرقة والاسلام غير مناسب له وكذا الاختلاف لانه يرجع الى اسلام المسلم ولانه منقوض كما ذكرنا وكذا كفر المصر فليس الا الاباء وهو

متعذر في دار الحرب فاضيف الى شرط البينونة وذلك لان سبب الفرقة الطلاق بشرط انقضاء العدة والاضافة الى الشرط عند تعذر الى العلة نظير

في الشرع وهو حافر البئر في الطريق يضاف ضمان ما تلف بالسقوط فيه الى الحفر وهو شرط لان العلة ثقل الواقع وقوله والعرض على الاسلام لوجه

[illegible] في [illegible] النكاح [illegible] ابتداء ولأن بقاءه أولى **قال** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا من
دار الحرب مسلما [illegible] وقال الشافعي لا تقع ولو سبي أحد الزوجين وقعت البينونة وإن سبيا
معا لم تقع البينونة وقال الشافعي رحمه الله وقعت وحاصله أن السبب هو التباين دون السبي عندنا وهو يقول بتكسره لأن التباين
إنما يؤثر في انقطاع الزوجية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي
ولا يتحقق إلا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح

فيه وعرض الإسلام عليه فهو من باب القلب ونظيره في اللغة عرضت الناقة على الحوض وعرضت الثوب المسمار فيقلب المسمار **قوله** وإذا أسلم زوج الكتابية
فهما على نكاحهما ظاهر **قوله** وإذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة حكم المسألة لا يتوقف على خروجه مسلما بل في سباكما ذكر **قوله** لنا الحاصل
أن السبب إلخ اختلف في أن تباين الدارين حقيقة وحكما بين الزوجين هل يوجب الفرقة بينهما قلنا نعم وقال الشافعي رحمه الله لا وفي أن السبي هل يوجب الفرقة أم لا
قلنا لا وقال نعم وقوله وقول مالك وأحمد رحمهما الله فيتفرع أربع صور وفاقيتان وخلافيتان وهما لو خرج الزوجان إلينا معا ذميين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما
أو صار ذميين لا تقع الفرقة اتفاقا ولو سبي أحدهما تقع الفرقة اتفاقا عنده للسبي وعندنا للتباين وخلافيتان أحدهما إذا خرج أحدهما إلينا مسلما
أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا عندنا يقع فإن كان الرجل حل له التزوج بأربع في الحال وإن كانت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت في دار الإسلام
وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في المرأة تخرج مراغمة لزوجها أي تقصد الاستيلاء على حقه فتبين عنده بالمراغمة والأخرى
إذا سبي الزوجان معا فعنده تقع الفرقة للسبايا أن يطأها بعد الاستبراء وعندنا لا تقع لعدم التباين وأيهما وفي المحيط مسلم تزوج حربية في دار الحرب
فخرج رجل بها إلى دار الإسلام بانت من زوجها بالتباين ولو خرجت المرأة بنفسها قبل تزوجها لم تبن لأنها صارت من أهل دارنا بالتزامها أحكام
المسلمين إذ لا تمكن من العود والزوج من أهل الإسلام فلا تباين يريد في الصورة الأولى إذا أخرجها الرجل قهرا حتى ملكها لتحقق التباين بينها وبين
زوجها حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنها في دار الحرب حكما وزوجها في دار الإسلام حكما وجه قوله إن تباين الدارين أثره في
انقطاع الولاية أي ولاية من في دار الحرب عليه إن كان خارجا إلينا وولاية من في دارنا عليه إن كان لاحقا بدار الحرب بحيث يتعذر الإلزام عليه
وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن أما السبي فيقتضي الصفاء للسابي والصفاء هنا بالملك الخلوص ولا يتحقق صفاؤه
إلا بانقطاع النكاح ولهذا أي لثبوت الصفاء بالسبي يسقط ما على المسبي من دين إن كان لكافر عليه لعدم احترامه فكذا يسقط حق الزوج الحربي
وهذا لأن الصفاء موجب لملك ما يحتمل التملك وملك النكاح كذلك فخلص له عند عدم احترام الحق المتعلق وجاء سقوط ملك الزوج عنها كسقوطه
عن جميع أملاكه فإنها تذهب فيه بيده من المنقول أن أبا سفيان أسلم في معسكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بمر الظهران بين أبي العباس رضي الله عنه وزوجته
هند بمكة وهي دار حرب إذ ذاك ولم يأمرهما صلى الله عليه وسلم بتجديد نكاحهما ولما فتحت مكة هرب عكرمة بن أبي جهل وحكيم بن حزام حتى أسلمت امرأة
كل منهما وأخذت الأمان لزوجها فذهبت فجاءت به ولم يجددا نكاحهما وتباين الدارين بين أبي العاص بن الربيع زوج زينب بنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم رضي عنها أشهر وأشهر فإنها هاجرت إلى المدينة وتركته بمكة على شركه ثم جاء وأسلم بعد سنين قيل ثلث سنين وقيل ست
وقيل ثمان فردها عليه بالنكاح الأول فهذه كلها تقوض لما علمناه واستدل الشافعي أيضا على إثبات علته بأن قوله تعالى والمحصنات من النساء
إلا ما ملكت أيمانكم نزلت في سبايا أوطاس وكن سبين مع أزواجهن وقد علم أن منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم نادى ألا لا تنكح الحبالى
حتى يضعن ولا الحيالى يحصن فقد استثنى السبيات مع أزواجهن من المحرمات فظهر أن السبي يوجب الفرقة وقوله كالحربي المستأمن ظاهره أنه أصل
قياس وفرعه الخارج إلينا مسلما من دار الحرب أو ذميا والحكم عدم الفرقة بينه وبين زوجته بجامع عدم سببها فهو من قبيل تعليل الحكم
العدمي بالمعنى العدمي وعلى هذا فالسوق لإثبات المفرع لكن الظاهر أن المراد نفي تأثير التباين فحق اللفظ كذا لا يؤثر في الفرقة لتحققه
في المستأمن إلخ **قوله** ولنا أن مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح التي شرع النكاح لها لأن الظاهر أن الخارج إلينا مسلما أو ذميا لا

لشبابه الحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء فصار كالشراء ثم هو يقتضي الصداق في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستامن لم يتباين الدارين لما قصده الرجوع

والكائن هناك لا يخرج الينا فكان التباين منافيا له فيكون اعتراضه قاطعا كاعتراض الحرمية بالرضاع وتقبيل ابن الزوج مثلا لما نافيه كان اعتراضها قاطعا ثم شرع يفسد تعيين السبي علة فقال والسبي يوجب ملك الرقبة يعني يمنع ان يكون موجبا غير ذلك واذن فما اقتضاه ملك الرقبة لزم السبي تبعا لملكها وما لا فلا وملك الرقبة لا يقتضي ملك النكاح الا اذا ورد على حال عن مملوكية او مالكية وكذا ابتداء النكاح وبقاؤه في العبد المشتري فهو كسائر اسباب الملك من الشراء والهبة والارث وزوال املاك السبي لثبوت رقه والعبد لا ملك له في المال بخلاف النكاح فانه من خصائص الادمية فيملكه اذا ابتداء وجوده بطريق الصحة حتى لا يملك سيده التطليق عليه وانما توقف في الابتداء على اذنه لما يستلزم من تنقيص ماليته وسقوط الدين الكائن لكافر على المسبي الحربي ليس مقتضى السبي بل لتعذر بقائه لانه انما بقي ما كان وهو حين وجب كان في ذمته لا شاغلا لمالية رقبته ولا يمكن ان يثبت بعد الرق بالسبي الا شاغلا لها فيصير الباقي غيره ولا لو كان المسبي عبدا مديونا كذلك لا يسقط عنه الدين بالسبي نص عليه محمد رحمه الله ماذون فان قيل بل يجوز كون الدين في ذمة العبد غير متعلق برقبته ولذا يثبت الدين باقراره به ولا يباع فيه اجيب بمنع تعلقه في العبد كذلك وانما لا يطالب باقراره لان اقراره لا يسري في حق المولى حتى لو ثبت بالاستهلاك قطعا معاينة بيع فيه واما ما استدل به من قصة ابي سفيان فالحق ان ابا سفيان لم يكن حسن الاسلام يومئذ بل لا بعد الفتح وهو شاهد حنينا ما تقيد السير الصحيحة من قوله حين انهزم المسلمون الا ترجع هزيمتهم الى البحر وما نقل ان الاسرى كانت معه وغير ذلك مما يشهد بما ذكرنا مما نقل من كلامه بمكة قبل الخروج الى هوازن تخمين وانما حسن اسلامه بعد ذلك رحمه الله والذي كان اسلامه حسنا حين اسلم هو ابو سفيان بن الحارث واما عكرمة وحكيم فانما هربا الى الساحل وهو من حدود مكة فلم تتباين دارهم ولا ابو العاص فانما رده عليه صلى الله عليه وسلم بنكاح جديد روى ذلك الترمذي وابن ماجة والامام احمد رواه والجمع اذا امكن اولى من اهدار احدهما وهو يحمل قوله على النكاح الاول على معنى بسبب سبقه مراعاة لحرمته كما يقال ضربته على اساءته وقيل قوله رده على النكاح الاول لم يحدث شيئا فيه على مثله لم يحدث زيادة في الصداق والجهاد وهو تاويل حسن هذا وما ذكرناه مثبت وعلى النكاح الاول ناف لانه مبق على الاصل وايضا يقطع بان الفرقة وقعت بين زينب وبين ابي العاص بمدة تزيد على عشر سنين فانها اسلمت بمكة في ابتداء الدعوة حين دعى صلى الله عليه وسلم خديجة رضي الله عنها وبناته ولقد انقضت المدة التي تبين بها في دار الحرب مرارا وولدت وروي انها كانت حاملا فاسقطت حين خرجت مهاجرة الى المدينة وروعها هبار بن الاسود بالرمح واستمر ابو العاص بن الربيع على شركه الى ما قبل الفتح فخرج تاجرا الى الشام فاخذت سرية المسلمين ماله ولجئ هربا ثم دخل بليل على زينب رضي الله عنها فاجارته ثم كلم رسول الله صلى الله عليه وسلم السرية فرد ماله فاحتمل الى مكة فادى الودائع وما كان اهل مكة ابعد اسلاما كان رجلا امينا كريما فلما لم يبق لاحد عليه علقة قال يا اهل مكة اهل بقي لاحد منكم عندي مال لم ياخذه قالوا لا فجزاك الله خيرا فقد وجدناك وفيا كريما قال فاني اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله والله ما منعني من الاسلام عنده الا تخوف ان تظنوا انما اردت ان آكل اموالكم فلما اداها الله اليكم وفرغت منها اسلمت ثم خرج حتى قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكر في الروايات من قولهم وذلك بعد ست سنين او ثمان سنين او ثلث سنين فانما ذلك من وقت مفارقته للابدان وذلك بعد غزوة بدر واما البينونة فقيل ذلك بكثير لانها ان وقعت من حين آمنت فهو قريب من عشرين سنة الى اسلامه وان وقعت من حين نزلت ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا وهي كثيرة فاكثر من عشر سنين وغيره كان حابسها قبل ذلك الى ان اسر في من اسر يوم بدر وهو صلى الله عليه وسلم كان مغلوبا على ذلك قبل ذلك فلما ارسل اهل مكة في فداء الاسارى ارسلت زينب في فداء زوجها قلادة كانت قد

وإذا خرجت امرأة مسلمة مهاجرة إلينا فتزوجها رجل وهي في دار الحرب فلا عدة عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليها العدة لأن الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام فيلزمها حكم العدة ولهذا يجب الإحداد على المبتوتة ولأبي حنيفة رحمه الله أن النكاح المتقدم وجب إظهاره لأن الخطر الملك الحربي ولهذا يجب الإحداد على المبتوتة

أعتقها إياها فلما رآها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى لها فرده عليها وأطلقه لها فلما وصل جهزها إليه لأنه صلى الله عليه وسلم كان شرط عليه ذلك عند الإطلاق والتفق في مخرجها إليه ما التفق من هبار بن الأسود وهذا أمر لا يكاد أن يختلف فيه اثنان وبه نقطع بأن الرد كان على نكاح جديد كما هو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ووجه تأويل رواية الأول كما ذكرنا واعلم أن بنات رسول الله صلى الله عليه وسلم تنصف أحد منهن قبل البعثة بكفر يقال آمنت بعد أن لم تكن مؤمنة فقد اتفق علماء المسلمين أن الله لم يبعث نبيا قط إلا شركا بعد طرفة عين والولد يتبع المؤمن من الأبوين فلزم منهن لم تكن أحد لهن قط إلا مسلمة نعم قبل البعثة كان الإسلام اتباعا لملة إبراهيم حنيفا عليه السلام ومن حين وقع البعثة لا يثبت الكفر إلا بإنكار المنكر بعد بلوغ الدعوة ومن أول ذكره صلى الله عليه وسلم لأولاده لم تتوقف واحدة منهن وأما سبايا أوطاس فقد روي أن النساء سبين وحدهن وفي رواية الترمذي تقييد ذلك عن أبي سعيد قال أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم لكن بقي أن يقال العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت وحدها أو مع زوج وأما المشتراة متزوجة فخارجة بالإجماع فوجب أن يبقى ما سواها داخلا تحت العموم على الإباحة والجواب أن المسبية مع زوجها تحت الصاد لبيانا وبما ذكر وتبقى المسبية وحدها ذات بعل وبالبعل والله سبحانه أعلم وأما قياسه على الحربي المستأمن والمسلم المستأمن فالجواب منع وجوب التبائن لأن المدعى عليه عنه هو التبائن حقيقة وحكما وهو يصير الكائن في دار الحرب في حكم الميت حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده وتقسيم ميراثه والكائن في دارنا ممنوعا من الرجوع وهذا منتف في المستأمن فإذا كانا على ما ذكر بقي ما ذكرنا من المعنى اللازم للتبائن الموجب للفرقة سالما عن المعارض فوجب اعتباره ودليل السمع أيضا وهو قوله تعالى إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات إلى قوله فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وآتوهم ما أنفقوا ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر وقد أفاد من ثلاث نصوص على وقوع الفرقة ومن وجه اقتضائي وهو فلا ترجعوهن

قوله وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة أي تاركة الدار إلى أخرى على عزم عدم العود وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية هذه المسلمة حكم آخر على بعض ما تضمنه موضوع المسألة التي قبلها لأنها كانت إذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة وهذه إذا كانت الخارج منها المرأة ووقعت الفرقة اتفاقا بل عليها عدة فيها خلاف عند أبي حنيفة لا فتتزوج للحال إلا أن تكون حاملا فتتزوج بعد الوضع لا على وجه العدة بل لرفع المانع بالوضع وعندهما عليها العدة ثم اختلفت لو خرج زوجها بعدما هي بعد في هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال أبو يوسف لا يقع عليها وقال محمد يقع والأصل أن الفرقة إذا وقعت بالتنافي لا تصير المرأة محلا للطلاق عند أبي يوسف وعند محمد تصير وهو أوجه إلى أن يكون محرمية لعدم فائدة الطلاق على ما قدمناه وثمرته تظهر فيما لو طلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها في تزوجها إذا أسلم إلى زوج آخر عند أبي يوسف وعند محمد يحتاج إليه وجه قولهما أنها حرة وقعت الفرقة عليها بعد الإصابة والدخول إلى دار الإسلام فيلزمها حكم العدة حقا للشرع كالمطلقة في دارنا من المسلمات بخلاف ما لو طلقها الحربي في دار الحرب ثم هاجرت لا عدة عليها بالإجماع لأن الفرقة في دارهم وهم لا يؤاخذون بأحكامنا هناك وهذا على ما اقتضاه من أن أصلها أن الخطاب يلزم الكفار في المعاملات غير أن شرطها البلوغ وأهل الحرب لا يبلغهم فلا يتعلق بهم حكمه بخلاف أهل دارنا منهم ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة إنما وجبت إظهارا لخطر النكاح المتقدم ولا خطر الملك الحربي بل أسقطه الشرع بالآية المتقدمة في المهاجرات وهي لا تمسكوا بعصم الكوافر بعد قوله ولا جناح عليكم أن تنكحوهن فقد رفع الجناح عن نكاح المهاجرة إلا أن لا تمسك بعصم الكوافر جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقد نكاح الموجودة في حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع

وتأول رواية على الأول وفي رواية الحديث شيئا وما تبين من قوله رد بالنكاح الأول يحدث شيئا معناه على شأنه لم يحدث شيئا زيادة في الصداق والحيلة كما كانا

وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة رح انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا
وجه الاول انه ثابت النسب اذ اظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا قال اذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت
الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح ان كانت الردة من الزوج في فرقة بطلاق هو يتبرأ بالاباء والجامع
ما بيناه وابو يوسف رح فرع على ما اصلناه في الاباء وابو حنيفة رح فرق بينهما ووجهه ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة
والطلاق رافع فتعذر ان يجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر
ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف
المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها

كيلا تختلط المياه واستغنائه عن ابطاله بان الشرع ابطل النكاح بالتباين لمنافاته للنكاح فقد حكم بمنافاته للعدة لانها اثره حيث حكم
بمنافاته لماله الاثر فان قيل ان يمنع الملازمة ويقول لا نسلم ان منافاة الشيء تنافي اثره الا اذا كان جهة المنافاة تاتيها في الاثر
ايضا وهو منتف لانه في النكاح عدم انتظام المصالح بل تجامع مدة بقائها الى ان تنقضي فيجب ان يثبت لموجبها بلا مانع لكن
قد يقال عصم الكوافر عام يدخل فيه المسبية دون زوجها والمتروكات في دار الحرب للازواج المهاجرين فلهم ان يتزوجوا باربع وباخت الكائنة هناك لعدم
اعتبار عصم اللواتي في دار الحرب للفرقة والمسبية مع زوجها وهذه خصت عندكم فانها تمسك بعقدتها حيث قلتم لا تقع الفرقة بينها وبين زوجها
فجاز ان تخص المهاجرة في حق العدة بحديث سبايا اوطاس فانه دل على ان من انفسخ نكاحها بالتباين لا يحل وطيها قبل تربص فاذا وجب عليها
تربص وهي حرة كان عدة اجماعا لعدم القائل بالفصل وح فابطال الوجوب للخطر لا يفيد اذ كان له سبب آخر وهو حق الشرع المدلول عليه بوجوب
الاستبراء فان قال الاخفى فرح المدخول بها عن الامتناع الى مدة غير انه اعتبر مدة الاستبراء اقصر كما هو داب الشرع في اظهار التفاوت بين الحرة والامة
في مثله **قوله** وان كانت يعني المهاجرة حاملا لم تتزوج حتى تضع وقد منا انه عند ابي حنيفة رح لا بطريق العدة وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه
يجوز تزويجها ولا يقربها حتى تضع حملها كالحامل من الزنى وجه الظاهر ان حملها ثابت النسب فظهر في حق المنع احتياطا وانما قال احتياطا لان
مجرد كونه ثابت النسب انما يقتضي ظاهرا ان لا يوطأ لان به يصير سابقا ماء زرع غيره فتعدية المنع الى نفس الزوج بلا وطء للاحتياط فقط لانه
يقع الجمع بين الفراشين وهو ممتنع بمنزلة الجمع وطيا ولهذا لم يجز عنده تزوج الاخت في عدة الاخت والخامسة في عدة الاربع **قوله** واذا ارتد احد الزوجين
عن الاسلام وقعت الفرقة في الحال بغير طلاق قبل الدخول او بعده وبه قال مالك واحمد رح في رواية وقال الشافعي واحمد رح في اخرى
قبل الدخول هكذا وما بعده فيتوقف الى انقضاء العدة فان جمعهما الاسلام قبل انقضائها يستمر النكاح والا تبين الفراق من وقت الردة
قلنا هذه الفرقة للتنافي فان الردة منافية للعصمة موجبة للعقوبة والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الاسلام فانه غير مناف للعصمة هذا جواب ظاهر المذهب
وبعض مشايخ بلخ وسمرقند افتوا في ردتها بعدم الفرقة حسما لاحتيالها على الخلاص باكبر الكبائر وعامة مشايخ بخارى افتوا بالفرقة وجبرها
على الاسلام وعلى النكاح مع زوجها الاول لان الحسم بذلك يحصل ولكل قاض ان يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت ام لا وتعزر خمسة
وسبعين ولا تسترق المرتدة ما دامت في دار الاسلام في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر عن ابي حنيفة رح تسترق وهذا الكلام في الفرقة واما كونها
طلاقا فالتفق الامامان هنا على انها من جهة الزوج والمرأة فسخ وقال محمد رح هي في ردة الزوج طلاق وفي ردتها فسخ مر على اصله في الاباء وكذا ابو يوسف رح
وفرق ابو حنيفة رح بين الردة والاباء وجه قول محمد رح اعتباره بالاباء والجامع ما بيناه وهو ان بالاباء امتنع عن الامساك بمعروف
مع قدرته عليه فيثبت القاضي منابه وقيل ما بيناه مما حاصله ان سبب الفرقة فعل من الزوج اباء او ردة وابو يوسف رح مر على اصله له
في الاباء وهو انه سبب يشترك فيه وابو حنيفة رح فرق بان الردة منافية للنكاح لانها منافية للعصمة لبطلان العصمة عن نفسه بهلاكه ومنها لملك النكاح كذا
قرر والحق ان منافاتها العصمة الاملاك تبع لمنافاتها العصمة النفس اذ بتلك المنافاة صار في حكم الميت والطلاق لا ينافي النكاح لثبوته معه حتى لا يقع
البينونة بمجرده بل بامر زائد عليه او عند انقضاء العدة ولزم كون الواقع بالردة غير الطلاق وليس الا الفسخ بخلاف الفرقة بالاباء فانها ليست للمنافاة
ولذا بقي النكاح ما لم يفرق القاضي لانها فرقة بسبب فوت ثمرات النكاح فوجب دفعه لارتفاع ثمرته الاتي من قبل الزوج فالقاضي يامره بالامساك بمعروف

في القدوري هذا مرجح

قوله واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر رح يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا واجرياهم الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين بتجديد الانكحة ولا ارتداد منهم ولانهما مقارنا الجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه منافٍ كابتدائهما

باب القسم

بالاسلام او التسريح باحسان فاذا امتنع ناب عنه وفي الشرح من تقرير هذا الفرق امور لا تمس المطلوب فكذا قوله في الهداية والطلاق مراقة لان الرفع بجامع المنافي بالضرورة ثم هو اعم ثبت مع المنافي ومع الطلاق فلا يقع به فرق ولا دخل له فيه ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونفقة العدة ايضا ونصفه ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان قبل بها لا النفقة العدة لان الفرقة من جهتها وان لم يكن دخل بها فلا مهر ولا النفقة **قوله** واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا هذا اذا لم يلحق احدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فان لحق فسد بالبائن والقياس وهو قول زفر والائمة الثلثة تقع الفرقة لان في ردتهما ردة احدهما وهي منافية للنكاح ولنا وهو وجه الاستحسان ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم تامرهم الصحابة رض بتجديد الانكحة ولما لم تامرهم بذلك علمنا انهم اعتبروا ردتهم وقعت معا اذ لو حملت على التعاقب لفسدت انكحتهم ولزمهم التجديد علمنا من هذا ان الردة اذا كانت معا لا توجب الفرقة واعلم ان المراد عدم تعاقب كل زوجين من بني حنيفة اما جميعهم فلا ان الرجال جاز ان يتعاقبوا ولا تفسد انكحتهم اذا كان كل رجل ارتد مع زوجته معا فحكم الصحابة رض بعدم التجديد لحكمهم بذلك ظاهرا لا حملا عليه للجهل بالحال كالغرقى والحرقى وهذا لان الظاهر ان قيم البيت اذا زاد امرا تكون قرينته فيه قرينته هذا والمذكور في الكتاب ارتداد بني حنيفة في المبسوط منهم الزكاة وهذا يتوقف على نقل ان من منهم كان يجحد افتراضها ولم ينقل ولا هو لازم وقتال ابي بكر رضي الله عنه اياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم اذا جمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه والله اعلم وقد يستدل للاستحسان بالمعنى وهو عدم جهة المنافاة وذلك لان جهة المنافاة بردة احدهما عدم انتظام المصالح بينهما والموافقة على الارتداد ظاهر في انتظامها بينهما الى ان يموتا بقتل او غيره والاوجه الاستدلال بوقوع ردة العرب وقتالهم على ذلك فانه من غير تعيين بني حنيفة ومانعي الزكاة قطعي ثم لم يؤمروا بتجديد الانكحة الى آخر ما ذكرنا **قوله** ولو اسلم احدهما بعد ارتدادهما معا فسد النكاح لان ردة الآخر منافية للنكاح فصار بقاؤها كانشائها الا ان حال اسلام الآخر حتى ان كان الذي عاد الى الاسلام هو الزوج فلا شيء عليها ان كان قبل الدخول وان كانت هي التي اسلمت فان كان قبل الدخول فلها نصف المهر وان دخل بها فلها المهر في الوجهين لان المهر يتقرر بالدخول وينافي زمنه الزوج والدين لا تسقط بالردة **فروع** الاول نصرانية تحت مسلم تجحد وقعت الفرقة بينهما عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وجه قوله اذا الزوج قد ارتد والمجوسية لا تحل للمسلم فاحداثها ما تحرم به كالردة وقد ارتدا معا فلا تقع الفرقة ولابي يوسف رح ان الزوج لا يقر على ذلك بل تجبر على الاسلام والمرأة تقر فصار كردة الزوج وحده وهذا لما عرف ان الكفر كله ملة واحدة فالانتقال من كفر الى كفر لا يجعل كانشائه فصار كما لو تهودا فان الفرقة تقع فيه بالاتفاق ومحمد رح يفرق بان انشاء المجوسية لا تحل للمسلم فاحداثها كالارتداد بخلاف اليهودية الا ترى انها لو تمجست وحدها تقع الفرقة ولو تهودت لا تقع فافترقا الثاني يجوز نكاح اهل ملل الكفر بعضهم بعضا فيتزوج اليهودي مجوسية ونصرانية لان الكل ملة واحدة من حيث الكفر وان اختلفت نحلتهم كاهل المذاهب ثم الولد على دين الكتابي منهم الثالث اذا اسلم الكافر وتحته اكثر من اربعة او اختان او ام وبنتها واسلمن معه وهن كتابيات فعند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح ان كان تزوجهن في عقدة واحدة فرق بينه وبينهن او في عقد فنكاح من يحل سبقه جائز ونكاح من تاخر فوقع به الجمع او الزيادة على الاربع باطل

باب القسم لما فرغ من ذكر النكاح واقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الاحرار والارقاء والكفار وحكمه اللازم له من الامر شرع في حكمه الذي لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك لانه انما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا يغالب فيه والقسم بفتح القاف مصدر قسم والمراد التسوية بين المنكوحات وليعلم العدل ايضا بين حقيقة مطلقا ممتنعة كما انه ... ولقا

واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احدهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كانت له امرأتان ومال الى احدهما في القسم جاء يوم القيمة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فضل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك ولا اختيار

حيث قال فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم بعد احلال الاربع بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فاستفدنا ان حل الاربع مقيد بعدم خوف عدم العدل وثبوت المنع عن اكثر من واحدة عند خوفه فعلم ايجابه عند تعددهن واما قوله صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيرا فلا يخص حالة تعددهن ولا انهن رعية الرجل وكل راع مسئول عن رعيته وانه في امر منهم يحتاج الى البيان لانه اوجبه وصرح بانه مطلقا لا يستطاع فعلم ان الواجب منه شيء معين وكذا السنة جاءت مجملة فيه روى اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا املك يعني القلب اي زيادة المحبة وظاهره ان ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته تجب التسوية فيه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة اجماعا وكذا ما روى اصحاب السنن الاربعة والامام احمد والحاكم من ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيمة وشقه مائل اي مفلوج ولفظ ابي داود والنسائي فمال الى احداهما على الاخرى فلم يبين فيما واما ما في الكتاب من زيادة قوله في القسم والله اعلم بها لكن لا يعلم خلافا في ان العدل الواجب في البيتوتة والتأنيس في اليوم والليلة وليس المراد ان يضبط زمان النهار فيقدر ما عاشر فيه احداهما فيعاشر الاخرى بقدره بل ذلك في البيتوتة واما النهار ففي الجملة **قوله** واذا كان لرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما التقييد بحرتين لاخراج ما اذا كانت احداهما امة والاخرى حرة لا لاخراج الامتين ثم ظاهر العبارة ليس بجيد فانه يعطي انهما اذا لم يكونا حرتين ليس عليه ان يعدل بينهما وليس بصحيح لكن بمعنى العدل هنا التسوية لا عند الجمهور فاذا كانتا حرتين او امتين فعليه ان يسوي بينهما وان كانتا حرة وامة فلا يعدل بينهما اي لا يستوي بل يعدل بمعنى لا يجوز وهو ان يقسم للحرة ضعف الامة فالابهام نشأ من اشتراك اللفظ **قوله** والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا وهو معنى قوله لا فضل فيما ذكرنا فكان الاولى ان يقال لما ذكرنا يعني من قوله ولا فضل الخ يعني ان ما روينا يوجب التسوية بين الجديدة والقديمة وكذلك ما تلونا من الاية يحتج به على الشافعي ره انه يقيم عند البكر الجديدة اول ما يدخل بها سبعا يخصها بها ثم يدور عند الثيب الجديدة ثلثا الا ان طلبت زيادة على ذلك فح يبطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روي عن انس رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلث ثم يعود الى اهله اخرجه الدارقطني عنه وروى البزار من طريق ابي ايوب السجستاني عن ابي قلابة عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للبكر سبعا وللثيب ثلثا وعنه قال من السنة اذا تزوج البكر على الثيب اقام عندها سبعا ثم قسم واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلثا ثم قسم رواه الشيخان في الصحيحين وفي صحيح مسلم عن ام سلمة لما تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم فدخل عليها اقام عندها ثلثا ثم قال انه ليس بك هوان على اهلك ان شئت سبعت بك وان شئت لك سبعت لنسائي وهذا دليل استثناء الشافعي رده ما ذكرنا من انه يسقط حقها ويحتسب عليها بالمدة وان طلبت زيادة على الثلث ولانهما تالف صحبته وقد حصل لها في اول الامر نفرة وكان في الزيادة ازالتها ولنا ما روينا عن غير فصل وما تلونا وما ذكرنا من المعنى وهو قوله ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك فلا تفاوت بينهن في القسم واما المعنى الذي علل به فمعارض بان تخصيص القديمة اولى لان الوحشة فيها متحققة وفي الجديدة متوهمة وازالة تلك النفرة يمكن ان يقيم عندها السبع ثم يسبع للباقيات ولا يحصر في تخصيصها واعلم انه لا يرى ان لم يكن قطعي الدلالة في التخصيص وجب تقديم الاية والحديث المطلق لوجوب التسوية وان كان قطعيا وجب اعتبار التخصيص بالزيادة فانه لا يعارض ما روينا وتلونا لان مقتضاهما العدل واذا ثبت التخصيص شرعا كان هو العدل فانا نراه لم يحصر في التسوية بل تحقق مع عدمها لعارض

في القدر مع جماعة

في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها والتسوية في البيتوتة لا في المجامعة لانها تنبني على النشاط
وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من
حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم **قال** ولا حق لهن
في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر من خرجت قرعتها وقال الشافعي له القرعة مستحقة
لما روي ان النبي عليه السلام كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب
الاستحباب وهذا لانه لا حق للاحد في مسافرة الزوج الا بمعنى ان لا يستصحب واحدة منهن ثم لا بد من ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه تلك المدة

وجوب احد المرأتين حتى كان العدل ان يكون لاحدهما يوما وللاخرى يومين فليكن ايضا تخصيص الجديدة الوحشة باقامة سبع ان كانت بكرا او
ثلث ان كانت ثيبا هذا وكما لا فرق بين الجديدة والقديمة كذلك لا فرق بين البكر والثيب والمسلمة والكتابية الحرتين والمجنونة الذي لا يخاف منها والرتقاء
والصحيحة والرتقاء والحائض والنفساء والصغيرة التي يمكن وطيها والمحرمة والمظاهر منها ومقابلتهن وكذلك يستوي وجوبه على العنين والمجبوب والمريض والصبي
الذي دخل بامرأته ومقابلهم قال مالك ويدور ولي الصبي به على نسائه لان القسم حق العباد وهم من اهله وصح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض
استأذن نساؤه ان يمرض في بيت عائشة رضي الله عنها فاذن له **قوله** مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها انشاء يوما يوما وانشاء يومين
يومين او ثلثا ثلثا او اربعا اربعا واعلم ان هذا الاطلاق ولا يمكن اعتباره على صرافته فانه لو اراد ان يدور سنة سنة ما نظن اطلاق ذلك بل لا ينبغي ان
يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو اربعة اشهر واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب ان تعتبر المدة القريبة واظن اكثر من جهة مضارة الا
ان يرضيا به والله اعلم **قوله** والتسوية المستحقة في البيتوتة لا الجامعة لانها تنبني عن النشاط ولا خلاف فيه قال بعض اهل العلم ان تركه لعدم الداعية
والانتشار عذر وان تركه مع الداعي اليه لكن داعيته الى المضرة اقوى فهو حرام يدخل تحت قدرته فان ادى الواجب عليه لم يبق لها حق ثم يلزمه
التسوية واعلم ان تركه جماعها مطلقا لا يحل له صرح اصحابنا بان جماعها احيانا واجب ديانة لكنه لا يدخل تحت القضاء والالزام اللوطية الاولى لم يقدروا فيه
ويجب ان لا يبلغ به مدة الايلاء الا برضاها وطيب نفسها به هذا والمستحب ان يسوي بينهن في جميع الاستمتاعات من الوطء والقبلة وكذا بين الجواري
وامهات الاولاد ليحصنهن عن الاشتهاء للزنى والميل الى الفاحشة ولا يجب شيء لانه تعالى قال فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم فافاد ان العدل
بينهن ليس واجبا هذا فاما اذا لم يكن له الا امرأة واحدة فتشاغل عنها بالعبادة او السراري اختار الطحاوي رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان لها يوما وليلة
من كل اربع ليالي وباقيها له لان له ان يسقط حقها في الثلث بتزوج ثلث حرائر فان كانت الزوجة امة فلها يوم وليلة في كل سبع وظاهر المذهب
ان لا يتبين مقدار لان القسم مبني على ايجابه طلب ايجاده وهو يتوقف على وجود المتنبين فلا يطلب قبل تصورهما بل يؤمر ان يبيت معها ويصحبها
احيانا من غير توقيت والذي تقتضيه الحديث ان التسوية في المكث ايضا بعد البيتوتة ففي السنن عن عائشة رضي الله عنها كان النبي صلى الله عليه وسلم
لا يفضل بعضها على بعض في القسم في مكثه عندنا وكان قل يوم الا يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ الى التي هو في يومها
فيبيت عندها وعلى هذا ان النوبة لا تمنع ان يذهب الى الاخرى لينظر في حاجتها ويمهد امورها وفي صحيح مسلم انهن كن يجتمعن في بيت التي يأتيها والذي نعلم
ان هذا جائز برضى صاحبة النوبة اذ قد تضيق كذلك وتحضر له ولو ترك القسم بان اقام عند احدهن شهرا مثلا امره القاضي بان يستأنف العدل
لا بالقضاء فان جاز بعد ذلك اوجعه عقوبة كذا قالوا والذي يقتضيه النظر ان يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمي له قدرة على ايفائه **قوله** وان كانت
احدهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم والامة الثلث بذلك ورد الاثر قضى به ابو بكر وعلي رضي الله عنهما وبالقضاء عن علي احتج الامام احمد
وتضعيف ابن حزم اياه بالمنهال بن عمرو وبابن ابي ليلى ليس بشيء لانهما ثقتان حافظان واذا كانت الزوجة مدبرة رجل او مكاتبته او ام ولده فهي كالامة
لقيام الرق فيهن **قوله** ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر من خرجت قرعتها وقال
الشافعي له القرعة مستحقة لما روى الجماعة من حديث عائشة رضي الله عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها
مختصرا ومطولا والحديث الافك قلنا ذلك كان استحبابا لتطييب قلوبهن وهذا لان مطلق الفعل لا يقتضي الوجوب فكيف وهو محفوف بما يدل على الاستحباب

وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها ويجعل يومها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط

وذلك انه لم يكن القسم واجبا عليه صلى الله عليه وسلم قال تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء ممن ارجى سودة وجويرية وام حبيبة وصفية وميمونة ذكره الحافظ عبد العظيم المنذري وممن آوى عائشة رضي الله عنهن والباقيات رضي الله عنهن والقسم يشق باحدهما في السفر وبالاخرى في الحضر والقرار في المنزل لحفظه الامتعة او لخوف الفتنة لو تمنع من سفر احدهما لكثرة سمعها فتتعين من يخاف صحبتها في السفر للسفر بخروج قرعتها الزام للضرر الشديد وهو مندفع بالثاني للحرج واما قول المصنف الاصح انه لا يستصحب واحدة منهن فكذا لا ان يسافر بواحدة منهن فظاهر فيه منع الملازمة اذ لا يلزم من ان عليه ان لا يسافر باحدى ان يكون له ان يخص واحدة بالسفر بها لان في ترك السفر بالكل تسوية بخلاف تخصيص احداهن وبذا لان اللازم التسوية وهو انه اذا بات عند واحدة ليلة يبيت عند الاخرى كذلك لا على معنى وجوب ان يبيت عند كل واحدة منهما دائما فانه لو ترك المبيت عند الكل بعض الليالي والسفر لم يمنع من ذلك **قوله** وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز بذا اذا لم يكن برشوة من الزوج بان زاد ما في مهرها لتفعل او تبرؤ جاز بشرط ان تبرؤ اخرى فيقسم عندها يومين وعند المخاطبة يوما فان الشرط باطل لا يحل لها المال في الصورة الاولى فله ان يرجع فيه واما اذا دفعت اليه او حطت عنه بالا يزيد ما فظاهر انه لا يلزم ولا يحل لها ولها ان ترجع في مالها **قوله** لان سودة بنت زمعة بفتحتين سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها الخ هذا يقتضي انه طلقها قال محمد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة بنت زمعة اعتدي فسألته بوجه الله ان يراجعها ويجعل يومها لعائشة رضي الله عنها لان تحشر يوم القيمة مع ازواجه والذي في الصحيحين لا يتعرض له بل انها جعلت يومها لعائشة رضي الله عنها والذي في المستدرك يفيد عدمه وهو عن عائشة رضي الله عنها قالت سودة حين اسنت وفرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله يومي لعائشة فقبل ذلك منها قالت عائشة رضي الله عنها فيها وفي اشباهها انزل الله تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح وقال صحيح الاسناد ويوافق ما في الكتاب ما رواه البيهقي عن عروة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم طلق سودة فلما خرج الى الصلوة امسكت بثوبه فقالت والله ما لي الى الرجال من حاجة ولكني اريد ان احشر في ازواجك قال فراجعها وجعل يومها لعائشة رضي الله عنها انتهى وهو مرسل ويمكن الجمع بان كان صلى الله عليه وسلم طلقها رجعية فان الفرقة فيها لا تقع بمجرد الطلاق بل بانقضاء العدة فمعنى قول عائشة رضي الله عنها فرقت ان يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم خافت ان يستمر الحال الى انقضاء العدة فتقع الفرقة فيفارقها ولا ينافيه بلاغ محمد بن الحسن فانه انما ذكر في الكنايات اعتدي والواقع بهذا الرجعي لا البائن وفرع بعض الفقهاء انها اذا وهبت يومها له فله ان يجعله لمن شاء من نسائه واذا جعلته لضرتها المعينة لا يجوز له ان يجعله لغيرها لان الليلة حقها فاذا صرفته بواحدة تعين وفرعوا اذا كانت ليلة الواهبة تلي ليلة الموهوبة قسم لهما ليلتين متواليتين وان كانت لا تليها فهل له نقلها فيوالي لها ليلتين على قولين للشافعية والحنابلة والاظهر عندي ان ليس له ذلك الا برضاء التي تليها في النوبة لانها قد تتضرر بذلك **قوله** ولها ان ترجع قال بعض علماء الحنابلة ليس لها المطالبة به فانه خرج مخرج المعاوضة فيفتي عن الطلاق وقد سماه الله تعالى صلحا بقوله فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا فيلزم كما يلزم ما صولح عليه من الحقوق ولو كنت من طلب حقها بعد ذلك كان فيه تلخير الضرر الى اكمل حالته ولم يكن صلحا بل من اقرب اسباب المعاداة والشريعة منزهة عن ذلك انتهى وهو انما يفيد عدم المطالبة بالمقضي وبه نقول اذ يستلزم عدم حصول المقصود من شرعية ذلك الاصطلاح عند الاعراض اما فيما بعده فلا لانه لما لم يجب فكيف يسقط فان قيل يلزم ثبوت الضرر بالمداوا قلنا لم يحرم عليه طريق الخلاص وقد كان يريد طلاقها لولا مصالحته عليه فاذا اختلف ما دفعت به المكروه عنها فله ان يفعل ما كان يفعله ليحصل الخلاص والله سبحانه اعلم **فرع** تختم بها كتاب النكاح لا يجوز ان يجمع بين الضرائر الا بالرضاء ويكره وطء احديهما بحضرة الاخرى ولها ان لا تجيبه

بالتقييد

بلغت

كتاب الرضاع

قال قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات

اذا طلبت ولد ان يمنعها من اكل ما يتاذى من رائحته ومن النزول على هذا الا ان يمنعها من التزين بما يتاذى به بريحه كان يتاذى برائحة الثار المخضر ونحوه وله ان يمنعها من الخروج من منزله بلا اذن الا ان احتاجت الى الاستفتاء في حادثة فلم يرض الزوج ان يستفتي لها وهو غير عالم وما لم تقع الى الاستفتاء له ان يمنعها عن الخروج الى مجلس العلم والا ان يكون ابوها زمنا وليس له من يقوم عليه موسرا كان او كافرا فان عليها ان تعصي الزوج في المنع ولو كان لها ام شابة تخرج الى الوليمة المصيبة او لغيرها لا يمنعها انها ما لم تحقق خروجها للفساد فح يرفع الامر الى القاضي فان اذن له بالمنع له منعها لقيامه مقامه والله اعلم بالصواب

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا في ابتداء انشائه الا بالرضاع وكان له احكام تتعلق وهو من آثار النكاح المتاخرة عنه بمدة وجب تاخيره الى آخر احكامه قيل وكان ينبغي ان يذكره في المحرمات لكنه افرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النسا وخلط اللبن ونحوه والحق انه ذكر في المحرمات ما يتعلق الحرمة به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة والرضاع والرضاعة بكسر الراء فيهما وفتحها اربع لغات والرضع الخاصة والكل الاصمعي الكسر مع الهاء وفعله في الصحيح من حد علم يعلم وآهل بحتما لو من باب ضرب وعليه قول السلوبي يذم علماء زمانه وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها ثم قيل كتاب الرضاع ليس من تصنيف محمد وانما علم بعض اصحابه ونسبه اليه ليروجه ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد ابو الفضل في مختصره المسمى بالكافي مع التزامه ايراد كلام محمد في جميع كتبه محذوفة التعاليل وعامتهم على انه من اوائل مصنفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما اورده من ذلك في كتاب النكاح وهو في اللغة مص اللبن من الثدي ومنه قولهم لئيم راضع اي يرضع غنمه ولا يحلبها مخافة ان تسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفي الشرع مص الرضيع اللبن من ثدي الادمية في وقت مخصوص اي مدة الرضاع المختلف في تقديرها **قوله** قليل الرضاع وكثيره اذا تحقق في مدة الرضاع تعلق به التحريم وبه قال مالك الا ان الشك فيه بان ادخلت الحلمة في فم الصغير وسكت في الارتضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كما لو علم ان صبية ارضعتها امراة من قرية ولا يدري من هي فزوجها رجل من اهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امراة والواجب على النساء ان لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة واذا ارضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطا وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات مشبعات في خمسة اوقات متفاصلة عرفا وعن احمد روايتان كقولنا وكقوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان الحديث رواه مسلم في حديثين صدره حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم قال لا تحرم المصة والمصتان وآخره عن ام الفضل بنت الحارث قالت دخل اعرابي على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيتي فقال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لي كانت امراة فتزوجت عليها اخرى فزعمت امراة الاولى انها ارضعت الحدثي رضعة او رضعتين فقال صلى الله عليه وسلم لا تحرم الاملاجة والاملاجتان واخرجه ابن حبان في صحيحه حديثا واحدا عن عبد الله بن الزبير عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان فقول الشارح في قوله ولا الاملاجة والاملاجتان انه لم يثبت في كتب الحديث ليس بصحيح والاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع والملجة ارضعته ولج هو ثديه رضعها وهذا الحديث لا يصلح لاثبات مذهبه وقيل يمكن ان يثبت به مذهبه بطريق هو ان المصة داخلة في المصتين فحاصله لا تحرم المصتان ولا الاملاجتان فنفي التحريم عن اربع فلزم ان يثبت بخمس وهذا ليس بشيء اما اولا فلان مذهبه ليس التحريم بخمس مصات بل بخمس شبعات في اوقات واما ثانيا فلان المصة فعل الرضيع والاملاجة الارضاعة فعل المرضعة فحاصل المعنى انه صلى الله عليه وسلم نفى كون الفعلين محرمين منه ومنها وعلى هذا فالتحقيق انه لا يتاتى حديثا واحدا

لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان

لان الاملاج ليس حقيقة المحرم بل لازمه من الارتضاع فنفي تحريم الاملاج نفي تحريم لازمه فليس الحاصل من لا تحرم الاملاجتان الا لا تحرم لازمها
اعني المصتين فلو جمعا في حديث واحد كان الحاصل لا تحرم المصتان ولا المصتان فلزم ان لا يصح ان يراد الا المصتان لا الاربع فان قلت فقد ذكرته
انفا حديثا واحدا في صحيح ابن حبان من رواية ابن زبير عن ابيه قلت يجب كون الراوي وهو الزبير اراد ان يجمع بين الفاظه صلى الله عليه وسلم التي
سمعها منه في وقتين كانه قال قال صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان وقال ايضا لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان وقيل بطريق آخر وهو
انه ناف لمذهبنا فيثبت به مذهب لعدم القائل بالفصل وليس كذلك فانه قال بالفصل ابو ثور وابن المنذر وداود وابو عبيد وهو لائمة
الحديث قالوا المحرم ثلث رضعات اللهم الا ان لا يعتبر قولهم وفيه نظر لقوة وجه بالسبب الى وجه قول الشافعي ورد ذلك الذي اثبته به مذهبه
ما في مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله
عليه وسلم وهي فيما يقرأ من القرآن قالوا هذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه كان يقرأ وناوهو لا يستقيم الا على ارادة نسخ الكل والا لتحرم
ضياع بعض القرآن الذي لم ينسخ ومدته كما عن الروافض والا لوجب ان يتلى خمس رضعات الى اقتدار الامر من الحاكم بنسخ الكل لعدم التلاوة الآن فينبغي
يوقف ثبوت الحرمة على خمس رضعات ومدته فيثبت قول الروافض ذهب كثير من القرآن بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم لشبهة الصحابة رضوا ذلك العمل
التمسك به وان كان اسناده صحيحا لانقطاعه بالحنا وثبت نفي تحريم المصة والمصتان والرضاع محرم وجب التحريم بالثلث وما روي عنها انه كان
في صحيفة تحت سريري فلما مات صلى الله عليه وسلم تشاغلنا بموته فدخلت داجن فاكلتها لا ينفي ذلك النسخ يعني كان مكتوبا ولم ينسخ بعد لتقرب
حتى دخلت الداجن والا فالقرآن لا يجوز الزيادة فيه ولا النقص بعد موته صلى الله عليه وسلم قال تعالى انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون تأمل
لكن نسخ الكل ويكون نسخ التلاوة مع بقاء الحكم وان هذا اصلا جواب عنه فليس بشيء لان ادعاء بقاء حكم الدال بعد نسخه يحتاج الى دليله والا فاصله
ان نسخ الدال يرفع حكمه واما نظره من الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما فلولا ايا علم بالسنة والاجماع لم يثبت به فاذا احتاج الى ثبوت كون المحرم
الخمس ولم يكن هذا الحديث مثبتا له فالدليل عليه متنافيا وما ذكره اولا قد سمعت ما فيه فحينئذ يتمسكهم في الثلاث اظهر من متمسك في الخمس نحن
الى جوابه احوج فكيف لا يعتبر فهم اسن الاولة حديث عائشة رضي الله عنها في مسلم وغيره قالت جاءت سهلة بنت سهيل امرأة ابي حذيفة الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالت يا رسول الله اني ارى في وجه ابي حذيفة من دخول سالم وهو حليفه فقال صلى الله عليه وسلم ارضعي سالما خمسا تحرمي بها فكانت
ان مسلما لم يذكر عددا وكذا السنن المشهورة بل نقل في مسند الشافعي مخالفا لها على ما فيه والجواب ان التقدير مطلقا المنسوخ صح بنسخه ابن عباس
رضي الله عنه حين قيل له ان الناس يقولون ان الرضعة لا تحرم فقال كان ذلك ثم نسخ وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال لا يحرم الرضاع الا ان تغيثه
وكثيره يحرم وروي عن ابن عمر رضي الله عنه ان القليل يحرم وعنه انه قيل له ان ابن الزبير يقول لا يحرم الرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير
قال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فهذا اما ان يكون ردا للرواية لنسخها وعدم صحتها او لعدم اجارته تقييد الاطلاق
الكتاب بخبر الواحد فانه تعالى علق التحريم بمطلق الرضاعة من غير فصل وهذا ما قال المص وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به ثم الذي يحرم
في حديث سهلة انه صلى الله عليه وسلم لم يرد ان يشبع سالما خمس رضعات في خمس وقات متفاصلات جائعا لان الرجل لا يشبعه من اللبن يسير
لا يطلق فاين تجد الآدمية في ثديها قدر ما يشبعه هذا محال عادة فالظاهر ان معدودة خمس فيه المصات ثم كيف جاز ان يباشر عورتها بثديه فيلمس المرأة

وقال تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولا دليل الحرمة وان كانت لشبهة البعضية
اثباتية بشهود العظم انبات اللحم لكنه لم يعتبر متعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع
ثلاثين شهرا ثم رضاع ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال زفر رح ثلثة احوال لان الحول حسن للتحول من
حال الى حال لا بد من زيادة على الحولين ثلاثين فيتم به لظاهر قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال
حولان لقوله عليه السلام لا رضاع بعد حولين بعد هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها
كاجل المضروب للدينين لانه تام لينقص في احدهما فينقص الآخر ولا منه به من تغير لينقطع لبن الحولين وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غذاء
بادنى مدة الحمل لانها منبتة فان غذاء الجنين يتغير غذاء الرضيع ايضا بغذاء المنقطع الحد بحمولة الى مدة الاستحقاق وعليه يشمل النص لفيد بحولين كاملين

ان يحلب شيئا مقداره مقدار خمس مصات فيشربه والا فهو مشكل هذا وهو منسوخ من وجه آخر ايضا كما سياتي بيانه والله اعلم **قوله** قوله تعالى وامهاتكم اللاتي
ارضعنكم تقدم في استدلال ابن عمر رض واما قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من النسب فحديث في الصحيحين مشهور **قوله** ولان الحرمة وان
كانت بشبهة البعضية جواب سؤال هو ان الحرمة بالرضاع لاختلاط البعضية بسبب النشو الكائن منه وذلك لا يتحقق باولى شيء اجاب بان ذلك
حكمه لانه خفي والاحكام لا تتعلق بها لحقائقها بل لظاهر المنضبط وهو فعل الارتضاع فلو قال الظاهر لا بد من كونه مظنة للحكمة ومطلقة ليس مظنة
النشو فلا يتعلق التحريم به قلنا ولا يتوقف النشو على خمس شبعات بل واحدة تفيده فالتعلق بخمس زيادة تستلزم تاخير الحرمة عن وقت تعلقها والحق
ان الرضاع وان قل يحصل به نشو بقدره فكان الرضاع مطلقا مظنة بالنسبة الى الصغير وقولنا قول جمهور الصحابة رض منهم علي وابن مسعود رض
اسند الرواية عنهما به النسائي وابن عباس رض وجمهور التابعين هذا والاولى ان يقال للبعضية لان الحرمة بشبهة البعضية واقامة السبب مقام
المسبب انما هي حرمة المصاهرة اما في الرضاع فحقيقة الجزئية باللبن هي الحرمة لكن لما كان التحريم يثبت بمجرد حصول اللبن في الجوف قبل
استحالته كان الحرم شبهتها اي ما يؤول الى الجزئية وينبغي ان يكون الارضاع الموجب للتحريم في مدة الرضاع على ما بينا في المسئلة التي تليها

قوله ثم مدة الرضاع التي اذا وقع الرضاع فيها تعلق به التحريم ثلثون شهرا عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح ومالك واحمد رح وقال زفر رح
ثلثة احوال وعن مالك رح سنتان وشهر وفي آخر شهران وفي اخرى ما دام محتاجا الى اللبن غير مستغن عنه وقال بعضهم لا حد له للاطلاقات فيوجب
التحريم ولو في حال الكبر وعن بعضهم الى خمسة عشر سنة وقال آخرون الى اربعين سنة ولا عبرة بهذين القولين **قوله** لان الحول حسن الخ هذا وجه قول
زفر رح وحاصله انه لا بد من مدة يتعود فيها الصبي غير اللبن لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود فيها الصبي لتغير الغذاء والحول حسن
للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة فقدر بالثلثة وهذا هو المراد بقوله لما بينا اي في دليل ابي حنيفة رح وهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون
شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد حولين رواه الدارقطني عن ابن عباس رض غريب فيه هكذا لا رضاع
الا ما كان من حولين وظاهر ان المراد نفي الاحكام وقال لم يسنده عن ابن عيينة الا الهيثم بن جميل وهو ثقة حافظ انتهى وكذا وثقه احمد رح والعجلي رح
حبان وغير واحد وروي موقوفا على ابن عباس رض بطريق اخرجه ابن ابي شيبة موقوفا على ابن مسعود وعلى الدارقطني على ابن عمر واظهر الادلة لهما قوله تعالى
والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل التمام بهما ولا مزيد على التمام ولابي حنيفة رح هذه الآية ووجهه
سبحانه ذكر شيئين وضرب لهما مدة وكانت لكل واحدة منهما بكمالها كالاجل المضروب للدينين على شخصين بان قال اجلت الدين الذي لي على فلان
والدين الذي لي على فلان سنة يفهم منه ان السنة بكمالها بكل او على شخص فيقول لفلان علي الف درهم وعشرة اقفزة الى سنة فصدقه المقر في الاجل
فاذا مضت السنة يتم اجلهما جميعا لا انه قام المنقص في احدهما يعني في مدة الحمل وهو قول عائشة رض الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين وا
بقدر فلكة مغزل وفي رواية ولو بقدر ظل مغزل ومثله مما لا يقال الا سماعا لان المقدرات لا يهتدي العقل اليها وستخرجه في موضعه انشاء الله تعالى
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين فتبقى مدة الفصال على ظاهرها غير ان هذا يستلزم كون لفظ
ثلاثين مستعملا في اطلاق واحد في مدلول ثلثين وفي اربعة وعشرين وهو الجمع بين الحقيقي والمجازي بلفظ واحد وكونه بالنسبة الى شيئين لا يبقى
كذلك وهو الممتنع والا لم تمتنع لانه ما من جمع الا بالنسبة الى شيئين واشكال آخر وهو ان اسماء العدد لا تجوز بشيء منها في الآخر نص عليه كثير من المحقق

قال واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار النشو وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به

لانها بمنزلة الاعلام على مسمياتها حتى منعت الصرف مع سبب واحد فقالوا ستة ضعف ثمانية عشر بلا تنوين وممن ذكره صاحب النهاية في فصل المشية من كتاب الطلاق لانه تقتضي ان نحو عشرة الا اثنين لم يرد به ثمانية بل عشرة فاخرج ثم اسند الى ثمانية وهو قول طائفة من الاصوليين مطلقا ومختار طائفة من المشايخ فيما اذا كان استثناء من عدد منهم شمس الائمة وفخر الاسلام والقاضي ابو زيد خلاف قول الجمهور وقد حققناه في الاصول ويمكن ان يستدل لاجنبيته بقوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الآية بناء على ان المراد بالوالدات المطلقات بقرينة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان الفائدة في جعلها نفقتها من حيث هي نظيرا وجه منها في اعتباره ايجاب نفقة الزوجة لان ذلك معلوم بالضرورة قبل البعثة ومن قوله تعالى لينفق ذو سعة الآية ولان نفقتها لا يختص لكونها والدة مرضعة بل متعلقة بالزوجية بخلاف اعتبارها نفقة الظئر يكون ح اجرة لها لان النفقة باعتبارها ظئرا غير زوجة لا يكون الا اجرة لها واللام من لمن اراد متعلق يرضعن اي يرضعن الآباء الذين اراد اتمام الرضاعة وعليهم رزقهن وكسوتهن بالمعروف اجرة لهن في الحولين واذا كانت الوالد من وعلى المولود له للحال من فاعل يتم كان اظهر في تقييد الاجرة المستحقة على الآباء اجرة المطلقة لحولين وغاية ما يلزم انه كان مقتضى الظاهر ان يقال وعليه او عليهم لكن ترك للتنبيه على علة الاستحقاق عليه وهو كون الولد منسوبا اليه وان النسبة الى الآباء والحاصل ح يرضعن حولين لمن اراد من الآباء ان يتم الرضاعة وبالاجرة وهذا لا يقتضي ان انتهاء مدة الرضاعة مطلقا بالحولين بل غاية استحقاق الاجرة بالارضاع ثم يدل على بقائها في الجملة قوله تعالى فان اراد فصالا عطفا بالفاء على يرضعن حولين فعلق الفصال بعد الحولين على تراضيهما وقد يقال كون الدليل دل على بقاء عدة الرضاع المحرم بعد الحولين فاين الدليل على انتهائها بالبتة اشهر بعدها بحيث لو ارضع بعدها لا يقع التحريم وما ذكر في وجه زيادتها لا يفيد سوى انه اذا اريد الفطام يحتاج اليها ليعود اليها غير اللبن قليلا قليلا ليتعذر نقله دفعة فاما انه يجب ذلك بعد الحولين ويكون من تمام مدة التحريم شرعا فليس بلازم مما ذكر من الادلة ولا شك ان الشرع لم تحرم الحامة غير اللبن قبل الحولين ليلزم زيادة مدة التعود عليها فجاز ان يعود مع اللبن غيره قبل الحولين بحيث تكون العادة قد استقرت مع انقضائها فيفطم عنده من اللبن بمرة فليس الزيادة بلازمة في العادة فلا في الشرع فكان الاصح قولهما وهو مختار الطحاوي وقول زفر على هذا اولى بالبطلان وهو ظاهر وح فقوله تعالى فان اراد فصالا عن تراض منهما وتشاور المراد قبل الحولين فانه موضع التردد في انه يضر بالولد او لا فيتشاوران لينظر وجه الصواب فيه واما ثبوت الضرر بعد الحولين فقل ان يقع به من حيث انه فطام بل ان كان فمن جهة اخرى فتمنعه العمومات السالفة من ادخال الضرر على غير المستحق له **قوله** واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم فطم او لم يفطم حتى لو ارتضع لا يثبت التحريم خلافا لمن قال بالتحريم ابدا للاطلاقات الدالة على ثبوت التحريم به وهو مروي عن عائشة رضي الله عنها وكانت اذا ارادت ان يدخل عليها احد من الرجال امرت اختها ام كلثوم او بعض بنات اختها ان ترضعه خمسا ولحديث سهلة المتقدم والجواب ان هذا كان ثم نسخ بآثار كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة رضوان الله عليهم اجمعين يفيد اتفاقهم عليه فمنها ما قدمناه في استدلالهما من قوله صلى الله عليه وسلم لا رضاع الا ما كان في حولين وقدمنا تخريجه مرفوعا وموقوفا على ابن عباس وعلي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم اجمعين وما ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام لا رضاع بعد الفصال والمراد نفي الحكم لانه قد ثبت هو بنية بعده وما في الترمذي من حديث ام سلمة انه صلى الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام قال الترمذي حديث صحيح وفي سنن ابي داود من حديث ابن مسعود رفعه لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم والنشز العظم يروى بالراء المهملة اي احياء ومنه قوله تعالى ثم اذا شاء انشره وبالزاء رفعه وبالزيادة الجمع يرتفع وفي الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها دخل علي رسول الله

ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه وصحه القطاع النشو بغير الغذاء وهل يباح الارضاع
بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي ﴿قال﴾ ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه الا ام
اخته من الرضاع فانه يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف الرضاع
ويجوز تزوج اخت ابيه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ اتها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع

صلى الله عليه وسلم عندي رجل فقال يا عائشة رضي من هذا فقلت اخي من الرضاعة فقال يا عائشة رضي انظرن من اخوانكن فان الرضاعة من المجاعة يعني اعرفن اخوانكن
بحثيثة ان يكون رضاعة ذلك الشخص كانت في حالة الكبر فان قلت عرف من اصلكم ان عمل الراوي بخلاف ما روى يوجب الحكم بنسخ ما روى فلا يعتبر ويكون
بمنزلة روايته للناسخ وحديث الصحيحين وهو قوله انما الرضاعة من المجاعة روته عائشة رضي وعلها بخلافه فيكون محكوما بنسخ كون الرضاع الكبير محرما
قلنا المنفي انه اذا لم يعرف فمن الحال سوى انه خالف مرويه حكما بانه اطلع على ناسخه في نفس الامر ظاهرا لان الظاهر انه لا يخطئ في ظن غير الناسخ ناسخا لا قطعا
فلو اتفق في خصوص محل بان عمله بخلاف مرويه كان لخصوص دليل علمناه وظهر للمجتهد غلطه في استدلاله بذلك الدليل لا شك انه لا يكون ما يحكم فيه بنسخ مرويه
لان ذلك ما كان الا لاحسان الظن بنظره فاما اذا تحققنا في خصوص مادة خلاف ذلك وجب اعتبار مرويه بالضرورة دون رايه وفي الموطأ والسنن
ابي داود عن يحيى بن سعيد ان رجلا سأل ابا موسى الاشعري فقال اني مصصت من امرأتي من ثديها لبنا فدخل في بطني فقال ابو موسى لا ارى انها الا قد حرمت
عليك فقال عبد الله بن مسعود انظر ما يفتي به الرجل فقال ابو موسى فما تقول انت فقال عبد الله لا رضاعة الا ما كان في حولين فقال ابو موسى لا تسألوني عن شيء
ما دام هذا الحبر بين اظهركم كما هذه رواية الموطأ فرجوعه اليه بعد ظهور النصوص المطلقة وعما افتاه بالحرمة لا يكون الا ليذكره الناسخ له او لتذكره عنده
وغير عائشة رضي من نساء النبي صلى الله عليه وسلم ما بين ذلك ويقولون لا ترى هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم الا رخصة لسهلة خاصة ولعل سببه التضمن
ما يخالف اصول الشرع حيث يستلزم مسه عورتها بشفتيه فحكمن باذن ذلك خصوصية وقيل لشبه ان عائشة رضي حجت وفي الموطأ عن ابن عمر رضي ان رجلا
عمر بن الخطاب رضي فقال كانت لي وليدة فكنت اصيبها فغرت امرأتي اليها فاعرضتها فدخلت عليها فقالت دونك قد والله رضعت اخال عرضا رضعها
وانت جاريتك فانما الرضاعة رضاعة الصغر **قوله** ولا يعتبر الفطام قبل المدة حتى لو فطم قبل المدة ثم ارضع فيها ثبت التحريم الا في رواية عن ابي حنيفة
انه اذا فطم قبل المدة وصار بحيث يكتفي بغير اللبن لا تثبت الحرمة اذا ارضع فيها رواها الحسن عنه وفي واقعات الناطفي الفتوى على ظاهر الرواية انها تثبت
ما لم تمض اقامة للمضنة مقام المنية فان ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء وهل يباح الارضاع بعد المدة قيل لا لانه جزء الآدمي فما يباح الانتفاع به الا
للضرورة وقد اندفعت وعلى هذا لا يجوز الانتفاع به للتداوي واهل الطب يثبتون اللبن النبت اي الذي نزل بسبب نبت مرضعة نفعا لرجع اللبن
واختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الريبة لا يخفى ان حقيقة العلم متعذر فالمراد اذا غلب على الظن والا فهو معنى المنع **قوله**
ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه وهو بهذا اللفظ **قوله** الا ام اخته من الرضاع يصح اتصال من الرضاع بكل من الام والاخت
وبهما من جهة المعنى فالاول ان يكون للرجل اخت من النسب لها ام من الرضاعة لم تكن ارضعته تحل له والثاني ان يكون له اخت من الرضاعة لها ام
من النسب تحل له جهة الرضاعة اذا لم تكن هي المرضعة والثالث ان ترضع الصبي والصبية امرأة ولاخته من الرضاعة ام اخرى من الرضاع تحل له جهة كل الام
اما من جهة الرضاعة فانما تتعلق بالام حالا منه لان الام معرفة فهي الجار والمجرور حالا منه لا متعلقا بمحذوف وليس صفة لانه معرفة اعني الام اخته بخلاف
اخته لانه مضاف اليه وليس فيه شيئا من مسوغات مجيء الحال منه ومثل هذا يجيء في اخت ابنه ولو قال اخت ولده كان اشمل فالاول ان يكون للابن اخت
من الرضاعة بان ارتضع مع اجنبية من لم تكن امرأة ابيه حلت لابيه لانها ليست بنته من الرضاعة ولا اخته والثاني ان يكون للابن من الرضاع بان ارتضع
زوجة الرجل حلت للرجل اخته من النسب والثالث ان يكون للابن من الرضاع كما ذكرنا اخت من الرضاعة من غير زوجة ذلك الرجل بان ارتضع ذلك الولد امرأتين
حلت اخته ابيه من الرضاعة وعلم استثناء الاول بعدم وجود المحرم من النسب فيه الذي هو معنى قوله بخلاف الرضاع بعد تعليله الحرمة في ام اخته

وام امرأة ابيه او ام امرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصل لا يبقى النص لاسقاط اعتبار التبني

من النسب بكونها امه او موطوءة ابيه وكذا في تعليله اخراج اخت ابنه من الرضاع بقوله ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع بعد تعليله حرمة اخت الابن من النسب بقوله لانه لما وطئ اجداده حرمت عليه وانما اقتصر على هذا بناء على ان بنت ابنه لو ضوع الشق الآخر فافاد بالتعليلين ان المحرم في الرضاع وجود المعنى المحرم في النسب بعينه اذا انتفى في شيء من صور الرضاع انتفت الحرمة فيستفاد انه لا حصر فيما ذكر وقد ثبت لذلك الانتفاء في صور الاخرى الاولى ام النافلة من الرضاع بان ارضعت نافلتك اجنبية يجوز التزوج بها لانتفاء سبب التحريم في النسب وهي كونها بنتا او حليلة الابن الثانية جدة ولد لك من الرضاع بان ارضعت ولدك اجنبية لها ام يجوز تزوجك بالام لانها ليست امك ولا بعضهم ام العم من الرضاع وام الخال من الرضاعة وكذا عمة ولدك لانها من النسب اختك وليست اختا من الرضاع وكذا المرأة يحل لها ان تتزوج بابن اختها من الرضاع وباخي ولدها وباخي حفيدها منه ويجادل بامنه وخاله ولا يجوز ذلك كله في النسب لما قلنا في حق الرجل وقد جمعت في قوله يفارق النسب الرضاع في صور كام نافلة وجدة الولد وام عم واخ وابن وام اخ وام خال وعمة ابن اعمه واستشكل الحاق ام العم وام الخال بامها ان يكون كل منهما جدة من الرضاع او موطوءة جدة من الرضاع وكلاهما محرم في النسب الا ان اراد بالعم من الرضاع من رضع مع ابيه وبالخال من رضع مع امه وله ام اخرى من النسب او الرضاع فح يستقيم ولقائل ان يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع اباه ولا امه فلا تكون جدة من الرضاع ولا موطوءة جد قبل اجنبية ارضعت عمه من النسب وخاله ثم قال طائفة هذا الاخراج تخصيص للحديث اعني يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب بدليل العقل والمحققون على انه ليس تخصيصا لانه احال ما يحرم بالرضاع على ما يحرم بالنسب وما يحرم بالنسب هو المتعلق به خطاب تحريمه وقد تعلق بما غيره عنه بلفظ الامهات والبنات واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت فما كان من مسمى هذه الالفاظ متحققا في الرضاع حرم فيه والمذكورات ليس شيء منها مسمى تلك فكيف يكون مخصصة وهي غير متناولة وكذا اذا خلا تناول الاسم في النسب جاز النكاح كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل منهما بنت جاز لكل منهما ان يتزوج بنت الآخر وان كانت اخت ولده من النسب وانت اذا تحققت مناط الاخراج الكنك لتسميته صورا اخرى والاستثناء في عبارة الكتاب على هذا يجب ان يكون منقطعا اعني قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب الا ام اخته الخ وعلى هذا في الاستدلال على تحريم حليلة الاب والابن من الرضاع لقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مشكل لان حرمتهما ليست بسبب النسب بل بسبب الصهرية فان المحرمات من النسب سبع وهن اللاتي عددناهن آنفا كما في آية المحرمات وما بعدهن فيها المحرمات بالرضاع والصهرية ومقتضى الحديث ان ما كانت اما من الرضاعة او بنتا او اختا او بنت اخ الخ تحرم فاثبات تحريم حليلة كل من الاب والابن من الرضاع بقوله بلا دليل بل الدليل يفيد خلافه وبتوقيد الاصلاب في الآية وكونه لاخراج حليلة المتبنى لا ينفي ان يكون لاخراج حليلة الاب والابن من الرضاع اصلا لذلك فكان لاخراجهما ايضا ولا يلزم كون الحديث غير معمول به على هذا التقدير بل يوفر على كل من الحديث والنص مقتضى لفظه بخلاف حرمة الجمع بين الاختين من الرضاع فان الحديث مذكور يفيد منعه لانه يحرم من النسب الجمع بين الاختين منه فكذا الجمع بين اختين من الرضاع فان قلت فليثبت بالقياس على حرمة المصاهرة بجامع الجزئية فان الجواب ان الجزئية المعتبرة في حرمة الرضاع هي الجزئية الكائنة عن النساء بانبات اللحم لا مطلق الجزئية الكائنة وهذه ليست الجزئية الكائنة في حرمة المصاهرة اذ لا انبات اللحم من المني المنصب في الرحم لانه غير واصل من الاعلى فهو بالحقيقة اشبه منه بالشعر وبه حيث يخرج كلها شيئا فشيئا لا يبقى منها شيء ولا يستحيل الى جوهر الانسان كما يخرج المني ولذا فلا يبقى منه في المرأة شيء استحال الى جوهرها **قوله** وامرأة ابيه وامرأة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب اي كما لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من النسب كذا لا يجوز تزوج امرأة ابيه وابنه من الرضاع فان قيل ذكر الاصلاب في آية المحرمات يخرجها اجيب بانها نزلت لاسقاط طعنهم بسبب تزوجه صلى الله عليه وسلم زوجة المتبنى فالقيد لاسقاط حرمة زوجته بقي

[illegible] وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج
اباً لابنائه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المرأة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج
الذي نزل لها منه اللبن اباً للمرضعة وفي حد قول الشافعي رحمه الله لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن
بعضها وكذا ارضاعها ولنا ان الحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع وقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها اليلج
عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة
احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من الرضاع لانه يجوز ان يتزوج باخت اخيه
من النسب وذلك مثل الاخ من الاب اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها

ان قال فمن اين ثبت تحريمها يجاب بعموم حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقد علمت ما في الجوابين ومن فروعها فرع لطيف وهو رجل
زوج امة له من رضيع ثم اعتقها فاختارت نفسها ثم تزوجت بزوج آخر وولدت منه ثم جاء فحل الرضيع الذي كان زوجها فارضعته حرمت على زوجها
لان الصغير صار ابناً له فلو بقي النكاح صار متزوجا بامرأة ابنه من الرضاعة قوله على ما بيناه اي في فصل المحرمات قوله ولبن الفحل هو من اضافة
الشيء الى سببه يتعلق به التحريم يعني اللبن الذي نزل من المرأة بسبب ولادتها من رجل زوج او سيد يتعلق به التحريم بين من ارضعته وبين ذلك الرجل
بان يكون اباً للرضيع فلا تحل له ان كانت صبية لانه ابوها ولا لاخوته لانهم اعمامها ولا لابائه لانهم اجداد لها ولا لاعمامه لانهم اعمام الاب ولا
لاولاده وان كانوا من غير المرضعة لانهم اخوتها لابيها ولا لابنائه اولاده لان الصبية عمتهم واذا ثبتت هذه الحرمة من زوج المرضعة فمنها اولى
فلا يتزوج ابوها لانه جدها ولا اخاها لانه خالها ولا عمها لانها بنت بنت اخيه ولا خالها لانها بنت بنت اخته ولا ابناءها وان كانوا من غير صاحب اللبن لانهم
اخوتها لابيها ولو كان رجل زوجتان ارضعت كل منهما ابنا لا يحل لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاع لاب بخلاف ما لو تزوجت
برجل وهي ذات لبن لآخر قبله فارضعت صبية فانها صبية للثاني وبنت للاول فيحل تزوجها بابناء الثاني وبناته ولو كان المرضع صبيا حل له
تزوجه ببناته هذا ما لم تلد من الثاني فاذا ولدت من الثاني فان ارضعت رضيعا فهو ولد للثاني وان حبلت من الثاني وهي ذات لبن من الاول فولدت
فلبن الثاني والرضيع به ولد له عند ابي حنيفة رحمه الله وثبت منه الحرمة خاصة وعند محمد رحمه الله ولد لما ثبتت الحرمة من الزوجين وقال ابو يوسف رحمه الله
ان علم ان اللبن من الثاني بامارة كزيادة فهو ولد الثاني والا فهو ولد الاول وعند زفر ان كان اللبن من الاول غالبا فهو ولد وان كان من الثاني غالبا فهو
للثاني وان استويا فلهما وبقول ابي حنيفة قال الشافعي رحمه الله في الجديد وقد حكي الخلاف بكذا ان زاد اللبن بالحبل فهو ابنهما عندهما وابن الاول عند ابي حنيفة رحمه الله
وكونه ابنهما بزيادة اللبن مطلقا النسب يقول محمد فيما اذا اختلط لبن امرأتين كما سيعلم فيها وبخلاف ما لو ولدت للزوج فنزل لها لبن فارضعت به ثم حبلت
لبنها ثم ولدها فارضعت به صبية فان لولد زوج المرضعة من غيرها التزوج بهذه الصبية لان هذا ليس لبن الفحل ليكون هو ابا كما لو لم تلد من الزوج
اصلا او نزل لها لبن فانه لا يثبت بارضاعها تحريم بين ولد زوجها ومن ارضعته لانه ليس لبنه لان نسبته اليه بسبب الولادة منه فاذا انتفت انتفت النسبة
وكان كلبن البكر ولبن الزنى كالحلال فاذا ارضعت بنتا حرمت على الزاني وآبائه وابنائه وابناء ابنائهم وان اختلفوا وفي التجنيس من علامة اجناس
الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني كان يقول في الدرس لا يجوز للزاني ان يتزوج بالصبية المرضعة ولا بابيه ولا لاجداده ولا لاحد من اولاده
واولادهم ولهم الزاني ان يتزوج بها كما يجوز ان يتزوج بالصبية التي ولدت من الزاني لانه لم يثبت نسبها من الزاني حتى يظهر فيها حكم القرابة والتحريم على آباء
الزاني واولاده ولاعتبار الجزئية والبعضية ولا جزئية بينها وبين العم واذا ثبت هذا في حق المتولد من الزنى فكذا في حق المرضعة بلبن الزنا قال في
الخلاصة وكذا لو لم تحبل من الزنا وارضعت لابن الزاني تحرم على الزاني كما تحرم بنتا عليه من النسب وذكر الوبري ان الحرمة تثبت من جهة الام فقط
لا تثبت من الاب وكذا ذكر الاسبيجابي وصاحب الينابيع وهو اوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون
اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن كالحقنة فلا انبات
اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع التغذي بخلاف الولد والتغذي لا يقع الا بما يدخل من اعلى المعدة لا من اسفل البدن كالحقنة فلا انبات
فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اثبت الحرمة وبه يستدل على ابطال قول ضعيف
شافعي اذ لا تثبت الحرمة من الزوج ونقل من بعض الصحابة رضي الله عنهم لانه لا حرمة بين الرجل وبين من ضعته زوجته ولانه لو نزل للرجل لبن فارضعته صغيرة حلت

وكل صبيين اجتمعا على ثدي امرأة ولصبية لم يجز لاحدهما ان يتزوج بأخرى هذا هو الاصل لان احدهما اخ والاخت لا يتزوج
المرضعة احدى اللتين ارضعت كل واحدة لبنها ولد ولدها ابنة ولد الجميع ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من
الرضاع واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب يتعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول انه موجود فيه
حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم
وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال رضي الله عنهما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ به لا يتعلق به
التحريم في قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله وله ابي حنيفة رح ان الطعام اصل واللبن تابع له في
حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل

كيف تحرم بلبن هو سبب لبعد فيه ولنا الاثر المذكور وما روي عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين ان افلح اخا ابي القعيس استأذن علي بعد ما انزل الحجاب
فقلت والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وان اخا ابي القعيس ليس هو ارضعني وانما ارضعتني امرأة ابي القعيس فدخل علي رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان الرجل ليس هو ارضعني ولكن ارضعتني امرأته فقال ائذني له فانه عمك تربت يداك وفي رواية ترتبت يمينك الى غير ذلك
من الاحاديث الشاهدة بالحكم المذكور بحيث تتضافر معناه ذلك المنقول على انه قد قيل انه لا يتغذى الولد به وامالبن الرجل فيتكره المعدة واذا ترجح عدم
حرمة الرضيعة بلبن الزاني على الزاني كما ذكرنا فعدم حرمتها على زانٍ ليس اللبن منه اولى بخلاف ما في الخلاصة ولكن يخالف المسطور في الكتب المشهورة
اذ يقتضي تحريم بنت المرضعة بلبن غير الزوج على الزوج بالطريق اولى وتقدم البحث في دلالة حديث يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب على حرمة الابنة من الرضاع
قوله ولانه سبب لنزول اللبن منها فتضاف الحرمة اليه احتياطا كالمصاهرة وانت علمت الفرق بل حقيقة الحال ان حقيقة البعضية تثبت بين المرضعة والرضيع
فاثبت حرمة الابنية ثم انتشرت لوازم تحريم الولد **قوله** وكل صبيين يريد صبيا وصبية فغلب المذكر في التثنية كالقمرين وهو احد اسباب التغليب كالخفة
في العمرين فان عمر اخف من ابي بكر ولو ثنى يجوز ابي بكر عند البصريين يكتفي بتثنية المضاف فيقال ابو بكر وهو الكوفيون يثنون الجزئين فيقولون ابوا بكر
والشهرة كالاقرعين للاقرع بن حابس واخيه **قوله** ولا تزوج المرضعة بفتح الضاد لو ورث ويجوز كونها فاعلا فينصب احد ومفعوله فيرفع وما في
الكتاب ظاهر ولا فرق بين كون ولد التي ارضعت رضع مع المرضعة او كان سابقا ما لم يبن بسنين كثيرة او مسبوقا بارتضاعها بان ولد لبعده بسنين
وكذا لا يتزوج اخت المرضعة لانها خالته **قوله** واذا اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا
للشافعي رح وقال الاصح انه اذا كان اللبن قدر خمس رضعات حرم والا فلا وكذا الخلط بلبن البهيمة والدواء عنده وبكل مائع او جامد واعتبر بالكسارة
في جميع ذلك ان يكون اللبن مستهلكا **قوله** هو اي الشافعي رح يقول انه اي اللبن على ظاهر نقل المصنف عنه وعلى ما هو الاصح فمرجع الضمير القدر المحرم فيه
موجود فيه حقيقة فيستلزم حكمه من التحريم **قوله** ونحن نقول حاصله القياس على اليمين على ان لا يشرب لبنا فانه لا يتعلق الحنث بشربه مغلوبا بالماء لان
الظاهر حكم الغالب فكذا في هذه الصورة لا يتعلق به التحريم لذلك والظاهر ان حكم هذا القياس عدم اعتبار المغلوب شرعا لا عدم تعلق التحريم لاختلاف
حكم الاصل والفرع لانه في الاصل حرمة الشرب بلا ضرورة لهتك حرمة اسم الله تعالى وفي الفرع اصل الشرب والسقي غير انه يترتب عليه حرمة النكاح وح
للشافعي رح ان يقول بينهما فارق وهو بناء الايمان على العرف والعرف لا يعتبر المغلوب فلا يقال لشارب ما فيه لبن مغلوب شربت لبنا الا ان يقال
مخلوطا فيقيد به واما ما نحن فيه فالحرمة مبنية على الحقيقة وقد وجدت والموضع موضع الاحتياط ولا يدفع هذا الا ان يقال انه اذا كان مغلوبا
بالماء فيكون غير منبت لذهاب قوته ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المنبت هذا اذا اختلط بالماء اما لو اختلط بالطعام ففي المسئلة
التي ذكرها عقيب هذه وتحرر ما فيه كقولهم في الاختلاط بالماء عند ابي حنيفة رح لا يتعلق به تحريم وان غلب اللبن هذا اذا لم تمسه النار اما ان طبخ فلا تحريم
مطلقا بالاتفاق لهما ان العبرة للغالب فصار كالماء اذا لم يغيره شيء عن حاله وعن ابي حنيفة رح ان الطعام اصل واللبن تابع فيه هو المقصود وهو التغذي
وهذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تعوده بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن وتشوه منه فقد اجتمع في موضع
ما ينبت واحدهما اكثر وهو الطعام فيصير الآخر المرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة ان اللبن غالب في القصعة لا عند رفع اللقمة
فاكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب واثبتنا الحرمة ثم قال المصنف ولا معتبر بتقاطر اللبن هو الصحيح

وان اختلط بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن بقي مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بما غلبها عند ابي يوسف رح لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رح يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لانه طارئ والنص لانه سبب النشو فيثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المرأة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انماء والمرأة لم تنتغذ الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لغذائه وطها حرمة للمصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما اما الجزئية في الوطي لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا

احتراز من قول من قال من المشايخ ان عدم اثبات ابي حنيفة رح الحرمة واللبن غالب هو اذا لم يكن متقاطرا عند رفع اللقمة اما معه فتحرم اتفاقا لان تلك القطرة اذا وقعت الجوف اثبتت التحريم والصحيح اطلاق عدم الحرمة لان التغذي ح بالطعام والتغذي مناط التحريم قوله فان اختلط اي اللبن بالدواء حاصله انه كالماء لان اللبن اذا كان غالبا مع الدواء ظهر قصد ان الدواء لتنفيذه وعلى هذا اذا اختلط بالدهن او النبيذ تعلق به التحريم سواء اوجر بذلك او سعط قوله واذا اختلط اللبن بلبن شاة فان كان الغالب لبن الآدمية تعلق التحريم بشرب الصغيرة اياه او لبن الشاة لا يتعلق به تحريم لان لبن الشاة لما لم يكن له اثر في اثبات الحرمة التحريم كان كالماء فيعتبر الغالب وان تساويا وجب شيوع الحرمة لانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا قوله واذا اختلط لبن امرأتين تعلق التحريم بما غلبها عند ابي يوسف رح وبه قال الشافعي رح وقال محمد رح تثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر رح وعن ابي حنيفة رح روايتان رواية كقول ابي يوسف رح ورواية كقول محمد رح وجه قول ابي يوسف رح جعل الاقل تابعا للاكثر وجه قول محمد رح وان الجنس لا يغلب جنسه فلا يستهلك فيه فلم يكن شيء منهما تبعا لآخر فيثبت التحريم من كل استقلالا قال واصل المسئلة في الايمان اذا حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى فشربه ولبن البقر فيه المحلوف عليها مغلوب ففي النهاية والدراية هو على الخلاف الذي بينا وقال الشارح عند محمد رح يحنث وعندهما لا يحنث ولا يخفى انه انما يكون اصلا للخلاف اذا كان على ما في النهاية وكان ميل المص الى قول محمد رح حيث اخر دليله فان الظاهر ان من تاخر كلامه في المناظرة كان القاطع للآخر واصله ان السكوت ظاهر في الانقطاع ورجح بعض المشايخ قول محمد ايضا وهو ظاهر قوله واذا نزل للبكر لبن يتعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشو وعليه الاربعة الا في رواية عن الشافعي رح ورواية عن احمد لانه نادر فاشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تمنع عمل الدليل اذا وجد وسنذكر له تتمة قوله واذا حلب لبن امرأة بعد موتها فاوجر به صبي تعلق به التحريم وبه قال مالك واحمد رح خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انماء المرأة ثم يتعدى به الحرمة الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا اي لعدم المحلية لا يوجب وطيها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب الحرية وحاصله الفارق بين الاجماعية وهي ما اذا كانت حية والخلافية وهي ما اذا كانت ميتة وهو موتها لان حيوتها ليس جزء السبب لتنتفي الحرمة بانتفائه بل حصول الجزئية تمام الحكمة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وهو حاصل بلبن الميتة والارتضاع تمام العلة وموتها غير مانع لان مانعيته ان اضيفت الى انتفاء محليتها فمسلم لكن لا نسلم ثبوت بعضها كما لو تزوج رجل بهذه الصبية في الحال حل له دفن الميتة وتيممها لانها محرمة ام زوجته وايضا بالنسبة الى غيرها حتى لا يجوز له الجمع بين الرضيعة وبنت الميتة لانها اختان او بالنسبة الى حرمة نكاحها فقط منعنا تاثيره في افادة المانعية بل مفسدا بانتفاء الحكم مطلقا فان بين المانعية بان الحكم وهو حرمة النكاح يثبت اولا فيها ثم يتعدى قلنا ان اردت انه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعنا بل ذلك عند اتفاق محليتها مع ان الحرمة انما تثبت في الكل معا شرعا والتقدم في الام ذاتي لا زماني فاذا تحقق المانع في حقها ثبت فيمن سواها ولو علل بتداخل نجاسة اللبن والحرمة كراهة اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس فان اراد عينا منعناه بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند ابي حنيفة رح وقد استفاد توجيه بان التنجس بالموت لما حلته الحيوة قبله وهو منتف في اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه انه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وابو يوسف رح ومحمد رح انما قالا بتنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب في اناء نجس واوجر به الصبي تثبت الحرمة وان اراد التنجس منعناه لما ذكرناه والوجور الدواء يصب في الحلق قسرا بفتح الواو والسقوط صبه من الالف ويقال اوجره ووجره قوله اما الحرمة في الوطي جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطيها بالفرق وهو ان سبب الحرمة في الرضاع

واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر
ان المفسد في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء والحرمة في الرضاع معنى النشو ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله
من الاعلى واذا ادخل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور
مما يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها

الانبات والنشو بواسطة التغذي وفي حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية
المعتبرة في الرضاع لانها واقعة في الاحتقان لبن الميتة **قوله** واذا احتقن قال في المغرب الصواب حقن اذا الجوف بالحقنة واحتقن بالضم غير جائز قال في
النهاية لكن ذكر في تاج المصادر الاحتقان حقنه كردن فجعله متعديا فعلى هذا يجوز استعماله على بناء المفعول انتهى يريد ان منع البناء للمفعول على ما في
المغرب لعدم التعدي واذا قدح صاحب تاج المصادر على ما يفيد انه متعد لم يكن بناؤه للمفعول خطأ وهذا غلط لان ما في تاج المصادر من التفسير لا يفيد
تعدية الافتعال منه للمفعول منه للمفعول الصريح كالصبي في عبارة الهداية حيث قال واذا احتقن الصبي بل الى الحقنة وهي آلة الاحتقان
والكلام في بنائه للمفعول الذي هو الصبي ومعلوم ان كل قاصر يجوز بناؤه للمفعول بالنسبة الى المجرور والظرف كجلس في الدار ومر بزيد وليس
من جواز البناء باعتبار الآلة والظرف جوازه بالنسبة الى المفعول بل اذا كان متعديا اليه بنفسه ثم الاحتقان باللبن لا يوجب الحرمة من غير ذكر خلاف بين اصحابنا
في كثير من الاصول وهو قول الائمة الاربعة وكذا لا يثبت بالاقطار في الاحليل والاذن والجائفة والآمة كذا اطلقه بعضهم ونص آخرون على انه اذا
وصل الى الجوف تثبت الحرمة وبعضهم ذكر انه روي عن محمد رحمه الله ثبوت الحرمة بالحقنة وجه الظاهر ان المناط طريق الجزئية وليس ذلك في الواصل
من السافل بل الى المعدة وذلك من الاعلى فقط والاقطار في الاحليل غاية ما يصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي وكذا في الاذن الضيق الثقب وفيه
نظر لتصريحهم بالنظر باقطار الدهن في الاذن لسرايته فيصل الى باطنه ولا يمنعه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به وينبت وان يحصل به رفق من
ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لا يتوقف عليه كما في الحصى والحديد والوجود والسعوط تثبت به الحرمة اتفاقا **قوله** واذا نزل للرجل لبن فارضع به
صبية لم يتعلق به تحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشو والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه الولادة وقد تذكر في بعض الحكايات انه اتفق
لرجل ارضاع صغير فان صح فهو من خوارق العادات لا يبنى الفقه باعتباره وعلى هذا يلزم انه لو نزل للبكر لم تبلغ سن البلوغ لبن لا يتعلق به التحريم وهو محكم بانه ليس لبنا
كما لو نزل للبكر ما صغير لا يثبت من ارضاعه تحريم والوجه الفرق بعدم التصور مطلقا فاذا تحقق لبنا تثبت الحرمة بخلاف الرجل لان الحكم لازم وانما بانه ليس بلبن
قوله واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا رضاع محرم بينهما لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها اعلم ان ثبوت الحرمة بالرضاع
بطريق الكرامة للجزئية فان الوطء ابتذال وامتهان وارتفاق ولهذا روي عنه صلى الله عليه وسلم قال النكاح رق فلينظر احدكم اين يضع كريمته ولا يحسن صبيه
من مستفيد جزء نفسه وجبلته لغيرها اذا كان الرضيع صبيا بالنسبة الى المرضعة مكرمة لها وجعلت في الشرع امه لسبب ان جزءها صار جزءه
كما ان الامية من النسب كذلك اذ جزؤها جزؤه وجزء الآخر جزء الاب والبهائم ليست بهذه المرتبة في اعتبار خالقها جل ذكره فانما خلقها لابتذال
الآدمي لها على اختيار الابتذال لما ذون فيه من مالكها سبحانه قال تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع وفي آية اخرى فمنها ركوبهم ومنها يأكلون
وهو سبحانه مالك الاشياء والحكيم على الاطلاق والعليم بالقوابل التي بها يحصل التفضيل الدنيوي فلم يثبت سبحانه بواسطة الاغتذاء بلبنها بل
ولحمها وحصول الجزء منه مزية لها على الآدمي توجب مثل ما توجب لمساويه في نوعه من الاكرام والاحترام فلم يعتبر الشاة ام الصبي والا لكان
الكبش اباه والاخية فرع الامية وكذا سائر الحرم بعدها انما تثبت بتبعية الامية حتى الابوة فانه لا جزء في الرضيع منه بخلاف الاب من النسب لان
جزء الفصل في ولده الذي نزل اللبن بسببه ولم يستقر في المرأة شيء منه بحيث يكون في لبنها جزء منه فكيف واللبن انما يتولد من الغذاء والكائن
من ماء الرجل انما يصل من اسفل والتغذي لبقاء الحيوة والجزء لا يكون الا مما يصل من الاعلى الى المعدة ولكن لما ثبت الشرع امية زوجته اعتبر ارتضاع

واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما
نسبا غير ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها
والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به الفساد
وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة امرأته وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط
وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان الارضاع ليس بافساد النكاح وضعا وانما يثبت ذلك باتفاق الحال
او لان فساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه لان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرط ابطال
النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر انما تكون متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع
الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك من الصغيرة دون
الافساد لا تكون متعدية لانها مامورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا

لبن هو سبب فيه اثبت لهو بنة الرجل الابوة وبين الام والاب ولا اخوة ولا تحريم ونقل ان الامام محمد بن اسمعيل البخاري صاحب الصحيح افتى في بخارا
بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا شاة فاجتمع علماؤها عليه وكان سبب خروجه منها والله سبحانه اعلم ومن لم يدق نظره في مناطات الاحكام وحكمها
كثر خطاؤه وكان ذلك في زمن الشيخ ابي حفص الكبير وهو ولد الشافعي رحمه الله فانهما معا ولدا في العام الذي توفي فيه ابو حنيفة رحمه الله وهو عام خمسين ومائة **قوله**
واذا تزوج الرجل صغيرة رضيعة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه صار جامعا بين الام والبنت من الرضاعة وذلك حرام
كالجمع بينهما نسبا ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها ام امرأته والعقد على البنت يحرم الام واما الصغيرة فان كان اللبن الذي ارتضعتها به الكبيرة
نزل لها من ولد ولدته للرجل كان حرمتها ايضا مؤبدة كالكبيرة لانه صار ابا لها وان كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت بهذا الرجل وهي ذات لبن
من الاول جاز له ان يتزوجها لانتفاء ابوته لها الا ان كان دخل بالكبيرة فيتأبد ايضا لان الدخول بالام يحرم البنت واما حكم المهر فلا يجب للكبيرة ان لم يكن
دخل بها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول وهو الارضاع وهو مسقط لنصف المهر كردتها وتقبيلها ابن الزوج وتعليل السقوط باضافة الفرقة اليها
يعرف منه ان الكبيرة لو كانت مكرهة او نائمة وارتضعتها الصغيرة او اخذ شخص لبنها فاوجرها الصغيرة او كانت الكبيرة مجنونة كان لها نصف المهر لانتفاء
اضافة الفرقة اليها وان كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها ان لم يكن مجنونة ونحوها واما الصغيرة فلا يتصور الدخول
بالرضيعة فعليه لها نصف مهرها لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلها وبه وقع الفساد لكن فعلها لا يؤثر في اسقاط
حقها لعدم خطابها بالاحكام وصار كما لو قتلت مورثها فانها ترثه ولا يكون قتلها موجبا لحرمانها شرعا ولانها مجبورة بحكم الطبع على الارتضاع والكبيرة
في القاء الثدي مختارة فصار كمن القى حية على انسان فلسعته ضمن لان اللسع لها طبع فاضيف اليه واورد عليه ما لو ارتد ابوا صغيرة منكوحة
ولحقا بدار الحرب بانت من زوجها ولا شيء لها من المهر ولم يوجد الفعل منها اصلا فضلا عن كونه وجد ولم يعتبر اجيب بان الردة محظورة
في حق الصغيرة ايضا على ما مر واضافة الحرمة الى ردتها التابعة لردة ابويها بخلاف الارتضاع لا حاظر له فتستحق النظر فلا يسقط المهر وهل يرجع به على الكبيرة
ان تعمدت الفساد يرجع به عليها والا لا يرجع وتعمده بان تعلم قيام النكاح وان الرضاع مفسد وتتعمده لا لدفع الجوع او الهلاك
عند خوف ذلك فلو لم تعلم النكاح او علمته ولم تعلمه مفسدا او علمته مفسدا ولكن خافت الهلاك او قصدت دفع الجوع لا ترجع والقول
قول الكبيرة في ذلك مع يمينها لانه لا يعرف الا من جهتها وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الوجهين ما اذا قصدت الفساد وما اذا لم تقصده والصحيح ظاهر
الرواية عنه وهو قولهما لانها اي الكبيرة وان اكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر بان تكبر الصغيرة فتفعل ما يسقطه وذلك
اي تأكيد ما هو على شرف السقوط يجري مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لذلك لكنها مسببة فيه
لا مباشرة لان القام الثدي شرط للفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع وكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي وهذا ظاهر غير ان
المصنف بين كونها مسببة بان فعل الارتضاع ليس موضوعا لافساد النكاح بل لتغذية الصغيرة وتربيته وانما يثبت الفساد باتفاق صيرورتها
اختا بنا تحت رجل او لان افساد النكاح الكائن بفعلها ليس بسبب الالزام المهر شرعا بل لاسقاطه ثم يجب نصف المهر بطريق المتعة على ما عرف من
ان وجوبه لا بالقياس بل بالنص ابتداء جبرا للايحاش وهو معنى الوجوب بطريق المتعة لكن من شرطه بطلان النكاح وقد وجد فيما نحن فيه لا يخفى ان هذا التردد
بينه يجري في مباشر العلة بان يقال الارتضاع ليس بافساد النكاح وضعا والافساد ليس بسبب لالزام المهر شرعا بل لاسقاطه الخ وليس هو مسببا فالمعول عليه

وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة رجلين ورجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فيثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا دينيا والله اعلم

في كونه سببا ما بيناه واذا كانت مسببة يشترط فيه اي في لزوم الضمان التعدي كحفر البئر تسبيب للاهلاك فان كان في ملكه لا يضمن ما تلف فيه او في غيره ضمنه للتعدي فيه وانما يكون متعديا بخروج العاهين والقصد على ما تقدم واعلم ان توجيه ظاهر الرواية بهذا لا ينهض على محمد رح اذا كان من اصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل قيد الآبق موجبا للضمان لان حاصل هذا انه سبب فيشترط التعدي وهو لا يلتزم اشتراط التعدي فيه فانما ينهض الاستدلال على ان المسبب لا يلحق بالمباشر هذا واستشكل التغريم بقصد الفساد بما اذا قبل رجل زوجة آخر قبل الدخول فانه يقضي على الزوج بالمهر ولا يرجع به على القاتل والجواب ان قتله مستعقب لوجوب القصاص والدية فلا يجب شيء آخر بقتل واحد وللزوج نصيب مما هو الواجب فلا يضاعف عليه وبما اذا لو ارضعت اجنبيتان لها لبن من رجل واحد صغيرتين تحت رجل حرمتا على زوجهما ولم تغرم ما شيا وان تعمدتا الفساد واجيب بالفرق بان فعل الكبيرة هنا مستقل بالافساد فيضاف الافساد اليها وفعل كل من الكبيرتين هناك غير مستقل به فلا يضاف الى واحدة منهما لان الفساد باعتبار الجمع بين الاختين منهما خلاف الحرمة هنا لانه للجمع بين الام والبنت وهو يقوم بالكبيرة وقد حرمت هذه المسئلة فوقع فيها الخطاء وذلك بان قيل فارضعها امرأتان لها منه لبن بمكان قولنا لها لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من ناتين المرأتين لان كلا افسدت لصيرورة كل بنتا للزوج **قوله** وهذا منا اعتبار الجهل الخ جواب سؤال هو ان الجهل بالاحكام في دار الاسلام عندكم ليس عذرا فقال هذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد الذي هو المحظور الديني لا لدفع الحكم الذي هو وجوب الضمان غير انه اذا اندفع قصد الفساد انتفى الضمان لانه لا يثبت الا بثبوت التعدي كما قلنا والتعدي به يكون ولا يتصور قصده مع الجهل بما ذكرنا فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة وبهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم ان الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم ومن فروع هذه المسئلة لو كان تحته صغيرتان فارضعتهما اجنبية معا او على التعاقب حرمتا فلو كن ثلثا فارضعتهن بان القمت ثنتين ثديها وادرجت الاخرى ما حلبته حرمن او على التعاقب بانت الاوليان والثالثة امراته لانهن حين ارتضعت حرمتا فحين ارتضعت الثالثة لم يكن في عصمتهم سواها ولو كن اربعا فارضعتهن معا او واحدة ثم الثلث معا حرمن وكذا لو ارضعتهن على التعاقب لانها حين ارضعت الآخرين لم يكن في نكاحه غيرها ولو كان تحته صغيرتان وكبيرة فارضعتها الكبيرة على التعاقب بقي نكاح الثانية لانها حين ارضعتها ليس في نكاحه غيرها والسابق عقد مجرد على الام فلا يوجب حرمة البنت ولو كن كبيرتين وصغيرتين فارضعت كل من الكبيرتين صغيرة حرمت عليه الاربع للزوم الجمع بين الامين وبنتيهما ولو ارضعت احدى الكبيرتين الصغيرتين ثم ارضعتها الكبيرة الاخرى وذلك قبل الدخول بالكبيرتين فالكبرى الاولى مع الصغرى الاولى بانتا منه لما قلنا والصغرى الثانية لم تبن بارضاع الكبرى الاولى والكبيرة الثانية ان ابتدات بارتضاع الصغرى الثانية بانتا منه او بالصغرى الاولى فالصغرى الثانية امرأته لانها حين ارضعت الاولى صارت اما لها وفسد نكاحها لصحة العقد على الصغرى الاولى فيما تقدم والعقد على البنت تحرم الام ثم ارضعت الثانية ليس في نكاحه غيرها **قوله** ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات اي عن الرجال وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة ان كانت موصوفة بالعدالة ونقل عن احمد واسحق والشافعي رح باربع نسوة والذي في كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية والوجه المذكور في الكتاب للاكتفاء بالواحدة وهو ان الحرمة من حقوق الشرع فهي مروية يثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره واحد انه ذبيحة مجوسي فانه تثبت الحرمة عليه باخباره ثم يثبت زوال الملك في ضمنه وكم من شيء يثبت ضمنا بطريق لا يثبت بمثله قصدا

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

ولحديث عقبة بن الحارث في الصحيحين انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت قد ارضعتكما قال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاعرض عني فتنحيت فذكرت ذلك قال وكيف وقد زعمت ان قد ارضعتكما وعقبة هذا يكنى ابا سروعة بكسر السين المهملة وسكون الراء وفتح الواو والعين المهملة وبهذا الحديث استدل من قال بقبول الواحدة المرضعة واعتبار ظاهره مطلقا بوجب جواز قبول الامة وروى مسلم والترمذي وغيره فجاءت امرأة سوداء وفيه قول عقبة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت اني قد ارضعتكما وهي كاذبة فاعرض عني قال فاتيته من قبل وجهه قلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد ارضعتكما ودعها عنك وبيانه ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال النكاح لانها مؤبدة بخلاف الحرمة بالحيض ونحوه والاصل لا تزال الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين بخلاف حرمة اللحم حيث ينفك عن زوال الملك كالخمر مملوكة محرمة وجلد الميتة قبل الدباغ يحرم الانتفاع به وهو مملوك واذا كانت الحرمة لا يستلزم زوال الملك فالشهادة قائمة على مجرد الحرمة حقا لله تعالى فيقبل فيها خبر الواحد واما الحديث فكان للتورع الا يرى انه اعرض عنه في المرة الاولى وقيل في الثانية ايضا وانما قال له ذلك في الثالثة ولو كان حكم ذلك الاخبار وجوب التفريق لاجابه من اول الامر اذ الاعراض قد يترتب عليه ترك السائل المسألة بعد ذلك ففيه تقرير على الحرم فعلم انه قال له ذلك لظهور الطمأنينة بنفسه بخبرها لا من باب الحكم وكونها كانت حقا له على ما قيل لا ينفي الطمأنينة لنفس بخبرها بل قد يكون معه لان بعض البلاهة يقارنها عن الغالب عدم الحنث الذي عنه تعمد الكذب والكلام في هذا القدر لا في الجنون فقد قلنا انه اذا وقع في القلب صدقها يستحب التنزه ولو بعد النكاح وكذا اذا شهد به رجل واحد وقولهم لا يطلع عليه الرجال قلنا لا نسلم فان المحارم من الرجال يطلعون عليه وايضا الرضاعة لا تتوقف على القيام الذي لجواز حصولها بالوجور والسعوط وروي عن عمر رضه مثل قولنا وفي المحيط لو شهدت امرأة واحدة قبل العقد قيل يعتبر في رواية ولا يعتبر في رواية فرع قال لامرأته هذه امي من الرضاعة او اختي او بنتي من الرضاع ثم رجع عن ذلك فان قال اخطأت ونيتي ان كان بعد ان ثبت على الاول ان قال بعده هو حق او كما قلت فرق بينهما ولا ينفعه جحوده بعد ذلك وان قال بعد ان يصدر منه الثبات عليه لم يفرق بينهما خلافا للشافعي رحمه الله والنكاح باق لان مثله انما يوجب الفرقة بشرط الثبات وتفسير الثبات ما ذكرنا ومثل هذا في الاقرار بالنسب وذلك لان ثبوت النسب والرضاع مما يخفى عن الانسان فالتناقض فيه مطلقا لا يمتنع بخلاف ما اذا ثبت بعد الترؤي فيعذر قبله ولا يعذر بعده وهذا في النسب فيمن ليس لها نسب معروف ولو اقرت المرأة بذلك وانكر هو ثم قالت اخطأت فالنكاح باق بالاجماع وعند الشافعي رحمه الله يحلف الزوج على العلم في قول وعلى البتات في قول ولو تزوجها قبل ان تكذب نفسها جاز ولا تصدق المرأة على قولها بخلاف ما لو اقر الرجل قبل التزوج وثبت على ذلك لا يحل له تزوجها قال في الفتاوى الصغرى هذا دليل على ان المرأة اذا اقرت بالمطلقات الثلاث من رجل حل لها ان تزوج نفسها منه انتهى وكان وجهه ان الطلاق مما يستقل به الزوج في غيبتها وحضورها فيتحقق فيه الخفاء فصح رجوعها عن الاقرار به قبل الترؤي والله اعلم

كتاب الطلاق

لما فرغ من النكاح وبيان احكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهي احكام الرضاع شرع بذكر ما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب احكامه وايضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة ان كلا منهما يوجب الحرمة الا ان ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق مغياة لغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالاخف وايضا الترتيب الوجودي يناسبه الترتيب الوضعي والنكاح سابق في الوجود باحكامه وتليه الطلاق فاوجده في التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذي هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه

قال الطلاق على ثلثة اوجه حسن ولحسن وبدعي فالحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها من الصحابة رضي عنهم كانوا يستحبون ان لا يزيد وافي الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة

قوله تعالى الطلاق مرتان اي التطليق او هو مصدر طلقت بضم اللام او فتحها طلاقا كالفساد وعن الاخفش نفي الضم وفي ديوان الادب انه لغة والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا واستعمل فعليا بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال اطلقت بعيري اي سرحته وفيه من التفعيل طلقت امرأتي لقاض لك اخبار عن اول طلقة اذ قصاراه ثلاثة فليس فيه الا التاكيد اما اذا قاله في الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب وفي الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة طلاق صريحا كانت طالق او كناية كمطلقة بالتخفيف وهجار طالق بلا تركيب كانت طالق على ما سياتي وغيرهما كقول القاضي فرقت بينهما عنه آبا الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضي في آبائها ردة احد الزوجين على قول ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وتباين الدارين حقيقة وحكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من اهله في محله غير مطرد لصدقه على المفسوخ ويشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل في المحل من شرط وجوده لا دخل له في حقيقته والتعريف لمجرد ما ذكر نفس اللفظ واما سببه فالحاجة الى الخلاص عند تباين الاخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله وشرعه رحمة منه سبحانه وشرطه في الزوج ان يكون عاقلا بالغا مستيقظا وفي الزوجة ان تكون منكوحة او في عدته التي يصح معها محلا للطلاق فمنعنا في المحيط فقال المعتدة بعد الطلاق يلحقها الطلاق والمعتدة بعدة الوطي لا يلحقها الطلاق وقد يقال انه غير حاصر اذ يتحقق العدة دونهما كما لو عرض فسخ بخيار بعد مجرد الخلوة اللهم الا ان يلحق الخلوة بالوطي فكانها هو وفيه تساهل ثم يقتضي ان كل عدة عن فسخ بعروض حرمة مؤبدة او غير مؤبدة لا يقع فيها طلاق ولا شك فيه في الحرمة المؤبدة كما اذا عرضت الحرمة بتقبيل ابن الزوج لانه لا فائدة يرجع في اعتباره لانه لا يتوقت لغاية ليفيد الطلاق فائدة واما في الفسخ لغيرها فالمصرح به في العدة من خيار العتق والبلوغ لانه لا يلحقها طلاق لانه فسخ فيجعل كانه لم يكن وكذا بعدم الكفاءة ونقصان المهر وعلى هذا اذا سبي احد الزوجين فوقعت الفرقة لا يقع طلاق الخروج لعدم العدة لان المسبي ان كان الزوج فلا عدة على زوجته الحرة وان كانت المرأة فكذلك لحلها للسابي بالاستبراء ومثله لو وقعت الفرقة بمهاجرة احدهما مسلما او ذميا لا يقع طلاق لانه ان كان الرجل فلا عدة على الحربية وان كانت المرأة فكذا عند ابي حنيفة رح وعندهما وان كان عليها العدة فهي عدة لا توجب ملك يد اذ الايد للحربي واقل ما يقع فيه ملك الطلاق ملك اليد فكانت كالعدة عن الفرقة في نكاح فاسد وكذا لو خرج الزوجان مستامنين فاسلم احدهما او صار ذميا في امرأته حتى تحيض ثلث حيض فاذا حاضتها فهي امرأته وقعت الفرقة بلا طلاق فلا يقع عليها طلاقه لانه المصر منها كانه في دار الحرب لتمكنه من الرجوع الا انه منقوض بما اذا اسلم احد الذميين وفرق بينهما بابائه الآخر فانه يقع عليها طلاق وان كانت هي الآبية مع ان الفرقة هناك فسخ وبه ينتقض ما قيل اذا اسلم احد الزوجين لم يقع عليها طلاقه وينتقض ايضا بالمرتد يقع طلاقه عليها مع ان الفرقة بردته فسخ خلافا لابي يوسف رح ولو كانت هي المرتدة فهي فسخ اتفاقا ويقع طلاقه عليها في العدة لا يقع واختلف في حلها للازواج فاذا جرت الفسخ النكاح فهاجرت بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه قال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد رح واما على قول ابي يوسف رح الاخير يقع طلاقه وهو قياس ما لو اشترى الرجل امرأته بعد ما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول ابي يوسف رح الاول وهو قول محمد في قول ابي يوسف رح الآخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المرتدة زوجها ثم اعتقته فعلى الخلاف في ما بين المسلمين على عكس ما حكاه في المنظومة في المسألة الثانية على الخلاف ولو ارتد في دار الحرب لا يقع طلاقه اتفاقا فلو عاد وهي بعد في العدة فطلقها وهي على هذا الخلاف وما ذكر من انه لا عدة على الحربية في دار الحرب عندهما يخالف ذكره محمد في السير فيما اذا سلمت امرأة الحربي وهما في دار الحرب حيث يجوز وقوع الفرقة بينهما الى مضي ثلث حيض او ثلثة اشهر فلو انقضت وقعت الفرقة قال محمد رح وعليها ثلث حيض اخرى وهي فرقة بطلاق ولهذا يقع عليها طلاقه لان تلك الفرقة ليست للتباين بل للاباء الا ان المدة انتهت

وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر مرة واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة

مقام آبائه بعد العرض فانه يقع عليها طلاقه واما وصفه فهو البغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه ابو داود وابن ماجة عنه صلى الله عليه وسلم انه قال ان البغض المباحات عند الله الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي لا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بها لان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه وغايته ما فيه انه مبغوض اليه سبحانه وتعالى لم يترتب عليه ما رتب على المكروه ودليل نفي الكراهة قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وطلاقه صلى الله عليه وسلم حفصة ثم امره سبحانه ان يراجعها فانها صوامة قوامة وبه يبطل قول القائلين لا يباح الا لكبر كطلاق سودة او ريبة فان طلاقه حفصة لم يقرن بواحدة منهما واما ما روي لعن الله كل ذواق مطلاق فمحمله الطلاق لغير حاجة بدليل ما روي من قوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها بغير نشوز فعليها لعنة الله والملائكة والناس اجمعين والخفي ان كلامهم فيما سيأتي من التعاليل يصرح بانه محظور لما فيه من كفران نعمة النكاح وللحديثين المذكورين وغيرهما واما ابيح للحاجة والحاجة ما ذكرنا في بيان سببه فمن الحكمين منهم تدافع فلا صح خطره الا لحاجة للادلة المذكورة ويحمل لفظ المباح على ما ابيح في بعض الاوقات اعني اوقات تحقق الحاجة المبيحة وهو ظاهر في رواية لابي داود اصل الله شيئا ابغض اليه من الطلاق وان الفعل لا عموم له في الزمان غير ان الحاجة لا تقتصر على الكبر والريبة فمن الحاجة المبيحة ان يلقي اليه عدم اشتهائها بحيث يعجز او يتضرر بالكراهة لنفسه على جماعها فعند اذا وقع فان كان قادرا على طول غير تابع استبقاها ورضيت بما فاتها في سنة بلا وطء او بلا قسم فيكره طلاقه كما كان بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وسودة وان لم يكن قادرا على طولها او لم ترض هي بترك حقها فهو مباح لان مقلب القلوب رب العالمين واما ما روي عن الحسن وكان قيل له في كثرة تزوجه وطلاقه فقال احب الغنا قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته فهو رأي منه انكان على ظاهره وكل ما نقل عن طلاق الصحابة رض فطلاق عمر ابنه عاصم وعبد الرحمن بن عوف تماضر والمغيرة بن شعبة الزوجات الاربع دفعة واحدة فقال لهن انتن حسنات الاخلاق ناعمات الاطواق طويلات الاعناق اذهبن فانتن طلاق فمحمله وجود الحاجة مما ذكرنا واما اذا لم تكن حاجة بمحض كفران نعمة وسوء ادب فيكره والله سبحانه اعلم واما حكمه فوقوع الفرقة موجبا بانقضاء العدة في الرجعي وبدونه في البائن واما مجانسته فمنها ثبوت التخلص به من المكاره الدينية والدنيوية ومنها جعله بيد الرجال دون النساء لاختصاصهن بنقصان العقل وغلبة الهوى وعن ذلك سماه اختيارهن شرعا لغرارهن ونقصان الدين وعنه كان اكثر شغلهن بالدنيا وترتيب المكائد وافشاء سر الازواج وغير ذلك ومنها شرعه ثلثا لان النفس كذوبة بما تظهر عدم الحاجة اليها او الحاجة الى تركها وتسوله فاذا وقع حصل الندم وضاق الصدر به وبقي الصبر فشرعه سبحانه وتعالى ثلثا ليجرب نفسه في المرة الاولى فان كان الواقع صدقها استمر حتى تنقضي العدة والا امكنه التدارك بالرجعة ثم اذا عادت النفس مثل الاول نغلبته حتى عاد الى طلاقها نظر ايضا فيما يحدث له فما يوقع الثالثة الا وقد جرب وفقه في حال نفسه وبعد الثلاثة تبلى الاعذار واما اقسامه فما افاد المص بقوله الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي علم ان الطلاق سني وبدعي والسني من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعي كذلك فالسني حسن واحسن فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض الذي قبله ثم يطلقها فيه وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتي ويتركها حتى تنقضي عدتها لما اسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم النخعي ان الصحابة رض كانوا يستحبون ان يطلقها واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلث حيض وقال محمد رح بلغنا عن ابراهيم النخعي ان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وانما كان افضل عندهم من ان يطلق ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد عن الندامة حيث ابقى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوج بها في العدة او بعدها دون ان تحلل زوج آخر واقل ضررا بالمرأة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة اليه فان سعة عاما لنعمة عليها فلا يكاد ضرر

والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار وعن ابي حنيفة انه بدعة لا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر لا باحة
الحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان السنة ان يستقبل الطهر استقبالا فيطلقها لكل قرء تطليقة

الانحراش فلا خلاف لاحد في الكراهة انما وقع الخلاف في دليل الاجماع على انتفائها بخلاف الحسن فان فيه خلاف مالك ولما ذكرنا من قاله ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة فهذا
احسن ذا علم ان السني المسنون هو كالمندوب في استحقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت انه ثواب فمعنى المسنون
منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية ان يطلقها عقيب جماعها او حائضا او ثلاثا فمنع نفسه منه الى الطهر الآخر والواحدة تقول
انه يثاب لكن لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك لا يقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون
يلزم تلك الحالة لانه لو وقع واحدة في الطهر الخالي من غير ان يخطر له داعية ذلك الايقاع سمي طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس
عن المعصية بعد تهيئ اسبابها وقيام داعيتها وهذا كمن استمر على عدم الزنا من غير ان يخطر له داعية وتهيؤ له مع الكف عنه اثاب عليه ولو وقعت له داعية وطلب النفس له
وتهيؤ وكف تجافيا عن المعصية اثيب **قوله** والحسن طلاق السنة وانت حققت ان كلا منهما طلاق السنة فتخصيص هذا باسم طلاق السنة لا وجه له والمناسب
تمييزه بالمفصول من طلاق السنة قال وهو ان يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة اطهار سواء كانت الزوجة مسلمة او غير مسلمة لان الخطاب بالشرائع
كذلك ويجب على الغائب اذا اراد ان يطلق ان يكتب اذا جاءك كتابي وانت طاهرة فانت طالق فان كنت حائضا فاذا طهرت فانت طالق فقال مالك
هذا بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى الدارقطني
من حديث علي بن منصور ثنا شعيب بن زريق ان عطاء الخراساني حدثهم عن الحسن قال ثنا عبد الله بن عمر انه طلق امرأته وهي حائض ثم اراد ان يتبعها بطلقتين
اخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا ابن عمر ما هكذا امرك الله قد اخطأت السنة السنة ان تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء
فامرني فراجعتها فقال اذا هي طهرت فطلق عند ذلك او امسك فقلت يا رسول الله ارأيت لو طلقتها ثلاثا اكان يحل لي ان اراجعها فقال لا كانت تبين منك
وكانت معصية اعله البيهقي بالخراساني قال ابي حزم يا ذات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ما تفرد به وروايته رواه الطبراني ثنا علي بن سعيد
الرازي ثنا يحيى بن عثمان بن سعيد بن كثير بن دينار الحمصي ثنا ابي ثنا شعيب بن زريق مسندا وبينا وقد صرح الحسن بسماعه من ابن عمر وكذلك قال ابو حاتم
وقيل لابي زرعة الحسن لقي ابن عمر قال نعم واما اعلال عبد الحق بعلي بن منصور فليس بذلك ولم يعله البيهقي الا بالخراساني وقد ظهرت متابعته ولان
الحكم يدار على دليل الحاجة تحقيقا لانها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها في زمن تجدد الرغبة وقد تكون الحاجة ماسة الى تركها البتة لرسوخ الاخلاق
المتباينة وموجبات المفارقة فلا تقدر حينئذ فيحتاج الى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم والنفس تلح بحسن الظاهر وطريق اعتبار هذه الحاجة
مقتضاها على الوجه المذكور ان يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ويعالجها عليه فان لم يقدر تداركه بالرجعة وان قدر اوقع اخرى في الطهر الآخر
كذلك فان قدر ابانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام ثم اذا وقع الثلاثة في ثلاثة اطهار فقد مضى من عدتها حيضتان فان كانت حرة فان حاضت
حيضة انقضت وان كانت امة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان **قوله** ثم قيل الاولى ان يؤخر الطلاق الى آخر الطهر احترازا
عن تطويل العدة عليها وقال المصنف والاظهر اي الاظهر من قول محمد حيث قال اذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجعها ثانيا لو اخر جامعها
فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى ان الاول اقل ضررا فكان اولى وهو رواية عن ابي يوسف وعن ابي حنيفة **قوله**
وطلاق البدعة ما خالف فسمي السنة وذلك بان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او متفرقة في طهر واحد او ثنتين كذلك او واحدة في الحيض او في طهر قد
جامعها فيه او جامعها في الحيض الذي يليه فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وفي كل من وقوعه وعدده وكونه معصية خلاف فعن الامامية لا يقع

ومن تكلم بدليل على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر فالحاجة كالمتلوة نظرا الى دليلها
قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر لعتراز عن تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما جامعها او من شهوته لا تطلق
فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلثا بكلمة واحدة او ثلثا في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا

بلفظ الثلث ولا في حالة الحيض لانه بدعة محرمة قال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه امرنا فهو رد وفي امره صلى الله عليه وسلم ابن عمر ان يراجعها
حين طلقها وهي حائض دليل على بطلان قولهم في الحيض واما بطلانه في الثلث فيفهم مما يأتي من رفع كلام الامامية قال قوم يقع به واحدة وهو روي عن ابن
عباس رضي الله عنه وبه قال ابن اسحق وبه نقل قال ابن اسحق ونقل عن طاوس وعكرمة يقولون خالف السنة فيرد الى السنة وفي الصحيحين ان ابا الصهباء قال لابن عباس رضي الله عنه
الم تعلم ان الثلث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من امارة عمر قال نعم وفي رواية لمسلم ان ابن عباس رضي الله عنه قال كان
الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلث واحدة فقال عمر رضي الله عنه ان الناس قد استعجلوا في امر كان لهم فيه اناة فلو
امضيناه عليهم فامضاه عليهم وروى ابو داود عن ابن عباس رضي الله عنه قال اذا قال انت طالق ثلثا بفم واحد فهي واحدة وروى ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه
قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلثا في مجلس واحد قال
انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ومنهم من قال في المدخول بها يقع ثلثة وفي غيرها واحدة لما في مسلم وابي داود والنسائي ان ابا الصهباء كان كثير السؤال
لابن عباس رضي الله عنه قال اما علمت ان الرجل اذا طلق امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة الحديث قال ابن عباس رضي الله عنه بلى كان الرجل اذا طلق امرأته
ثلثا قبل ان يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر رضي الله عنه فلما رأى الناس قد تتابعوا فيها قال اجيزوهن
عليهم هذا لفظ ابي داود وذهب جمهور الصحابة رضي الله عنهم والتابعين ومن بعدهم من ائمة المسلمين الى انه يقع ثلث ومن الادلة في ذلك ما في مصنف ابن ابي شيبة
والدارقطني في حديث ابن عمر المتقدم قلت يا رسول الله ارأيت لو طلقتها ثلثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي سنن ابي داود عن
مجاهد قال كنت عند ابن عباس رضي الله عنه فجاء رجل فقال انه طلق امرأته ثلثا قال فسكت حتى ظننت انه رادها اليه ثم قال ينطلق احدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن
عباس رضي الله عنه فان الله عز وجل قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك وفي الموطا لمالك بلغه ان رجلا قال لعبد الله بن عباس رضي الله عنه اني طلقت
امرأتي مائة تطليقة فماذا ترى فقال ابن عباس رضي الله عنه طلقت منك ثلثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفي الموطا ايضا بلغه ان رجلا جاء الى
ابن مسعود رضي الله عنه فقال اني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ماذا قيل لك فقال قيل لي بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون وظاهره الاجماع على
هذا الجواب وفي سنن ابي داود وموطا مالك عن محمد بن اياس بن البكير قال طلق رجل امرأته ثلثا قبل ان يدخل بها ثم بدا له ان ينكحها فجاء يستفتي فذهبت
معه فسئل عبد الله بن عباس رضي الله عنه وابا هريرة رضي الله عنه عن ذلك فقالا لا نرى ان تنكحها حتى تنكح زوجا غيرك قال فانما طلقتها اياما واحدة فقال ابن عباس رضي الله عنه انك ارسلت
بين يديك ما كان لك من فضل وهذا يعارض ما تقدم من ان غير المدخول بها انما تطلق بالثلث واحدة وجميعها يعارض ما عن ابن عباس رضي الله عنه وفي موطا
مالك مثله عن ابن عمر رضي الله عنه واما امضاء عمر الثلث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة رضي الله عنهم له مع علمه بانها كانت واحدة الا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر عن وجود
ناسخ هذا الحكم على ظاهره او لعلمهم بانتهاء الحكم لذلك لعلمهم باناطته بمعان علموا انتفاءها في الزمن المتأخر فانا نرى الصحابة تتابعوا على هذا ولا يمكن وجود
ذلك منهم مع اشتهار كون حكم المشرع المقرر كذلك ابدا فمن ذلك ما اوجدناك عن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وابي هريرة وبروى ايضا عن عبد الله
بن عمر رضي الله عنه بن العاص واسند عبد الرزاق عن علقمة قال جاء رجل الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود رضي الله عنه ثلث تبينها وسائرهن
عدوان وروى وكيع عن الاعمش عن حبيب عن ابي ثابت رضي الله عنه قال جاء رجل الى علي بن ابي طالب فقال اني طلقت امرأتي الفا فقال له علي بانت منك بثلاث واقسم
سائرهن على نسائك وروى وكيع ايضا عن معاوية بن ابي يحيى قال جاء رجل الى عثمان بن عفان رضي الله عنه فقال طلقت امرأتي الفا فقال بانت منك بثلث واسند عبد الرزاق عن

وقال الشافعي رح كل طلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية كما جاء الحظر بخلاف الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنياوية والاباحة للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها

عبادة بن الصامت ان اباه طلق امراته الف تطليقة فانطلق عبادة فسأله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بانت منك بثلث في معصية الله تعالى وبقي تسعمائة وسبعة وتسعون عدوان وظلم ان شاء عذبه وان شاء غفر له وقول بعض الصحابة القائلين بهذا المذهب توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مائة الف عين رأته فهل صح لكم عن هؤلاء او عن عشر عشر عشرهم القول بلزوم الثلث بفم واحد بل لو جهدتم لم تطيقوا نقله عن عشرين نفسا باطل اما اولا فاجماعهم ظاهر فانه لم ينقل عن احد منهم انه خالف عمر حين امضى الثلث وليس يلزم في نقل الحكم الاجماعي عن مائة الف ان يسمى كل ليلزم في مجلد كبير حكم واحد على انه اجماع سكوتي واما ثانيا فان العبرة في نقل الاجماع نقله عن المجتهدين لا العوام والمائة الالف الذي توفي عنهم صلى الله عليه وسلم لا يبلغ عدد المجتهدين الفقهاء منهم اكثر من عشرين كالخلفاء والعبادلة وزيد بن ثابت ومعاذ ابن جبل وانس وابي هريرة رض وقليل والباقون يرجعون اليهم ويستفتون منهم وقد اثبتنا النقل عن اكثرهم صريحا بايقاع الثلث ولم يظهر لهم مخالف فماذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بان الثلث بفم واحد لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف والرواية عن انس بانها ثلث اسندها الطحاوي وغيره وغاية الامر فيه ان يصير كبيع امهات الاولاد اجمع على نفيه وكن في الزمن الاول بين وبعد ثبوت اجماع الصحابة رض لا حاجة الى الاشتغال بالجواب عن قياسهم على الوكيل بالطلاق واحدة اذا طلق ثلثا مع ظهور الفرق بان مخالفته لا تحتمل مخرجا عن الابطال لمخالفته الاذن والمكلفون وان كانوا ايضا انما يتصرفون باذن الشرع لكن اذا اجمعوا على خلاف بعض الظواهر والاجماع حجة قطعية كان مقدما بامر الشرع على ذلك الظاهر قلنا ان لا نشتغل معه بتاويل وقد يجمع بما ذكرنا من الاطلاع على الناسخ او العلم بانتهاء الحكم لانتهاء علته هذا وان حمل الحديث على خلاف ظاهره دفعا لمعارضة اجماع الصحابة رض على ما وجدناك من النقل عنهم واحدا واحدا وعدم المخالف لعمر في امضائه فظاهر حديث ابن مسعود رض فتاويله ان قول الرجل انت طالق انت طالق انت طالق كان واحدة في الزمن الاول لقصدهم التاكيد في ذلك الزمان ثم صاروا يقصدون التجديد فالزمهم عمر رض ذلك لعلمه بقصدهم وما قيل في تاويله ان الثلث التي يوقعونها الان انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه مع قوله ثم امضاه عمر واما حديث ركانة فمنكر والاصح ما رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة ان ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما اراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر رض والثالثة في زمن عثمان رض قال ابو داود هذا اصح واما المقام الثالث وهو كون الثلثة بكلمة واحدة معصية او لا فلا يخفى فيه خلاف الشافعي رح استدل بالاطلاقات من نحو قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وما روي ان عويمر العجلاني لما لاعن امراته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلثا ولم ينكر عليه صلى الله عليه وسلم وفي بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس طلقني زوجي ثلثا فلم يجعل لي النبي صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى وطلق عبد الرحمن بن عوف تماضر ثلثا في مرضه وطلق الحسن بن علي رض امراته شهباء ثلثا لما بلغته بالخلافة بعد موت علي رض ولان الطلاق مشروع والمشروعية لا تجامع الحظر الا ترى انه لو طلق نساءه الاربع دفعة جاز فكذا الواحدة ثلثا بطريق الاولى بخلاف الطلاق في حالة الحيض لانه يحرم للمضارة بتطويل العدة عليها لا الطلاق وبخلافه في الطهر الذي جامعها فيه يحرم لتلبيس وجه العدة اهـ ولا قراء او الوضع لاحتمال الحبل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان الى ان قال فان طلقها فلزم ان الطلاق شرعا الا كذلك لانه ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلثا بمرة واحدة وكان تبادر ان لا يقع شيء كما قالت الامامية لكن لما علمنا ان عدم مشروعيته كذلك لمعنى في غيره وهو تفويت معنى مشروعيته بجهالته كذلك وامكان التدارك عند الندم وقد يعود ضرره على نفسه وقد لا وهذا معنى قوله والمشروعية في ذاته لا تنافي الحظر الى آخره على ما بين قلنا ايضا ما قدمناه

والمشروعية في ذاته من حيث انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لعارض في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا ولاختلاف الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي رواية الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت يثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان الرغبة دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق وفي زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر وهو يقيسها على المدخول بها

من قول ابن عباس رض للذي طلق ثلثا وجاء يسأل عصيت ربك وما قدمناه من مسند عبد الرزاق في حديث عبادة بن الصامت حيث قال صلى الله عليه وسلم بانت بثلث في معصية الله وكذا ما حدث الطحاوي عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس رض فقال ان عمي طلق امرأته ثلثا فقال ان عمك عصى الله فاثم واطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا وما روى النسائي عن محمود بن لبيد قال اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلثا جميعا فقام غضبان فقال ايلعب بكتاب الله عز وجل وانا بين اظهركم حتى قام رجل فقال يا رسول الله الا اقتله والا ما في بعض الشروح من نسبة الطلاق المذكور الى محمود بن لبيد فغير معروف صح فيجب حمل ما روي عن بعض الصحابة من الطلاق اثنتين او ثلثا للسنة وايضا لما ذكر المص من الاصل في الطلاق بهذا الخطر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدنياوية والادلة السمعية التي ذكرناها وانما يباح للحاجة الى الخلاص من المفاسد الذي قد تعرض في الدين والدنيا فيعود على موضوعه بالنقض ولا حاجة الى الجمع بين الثلث بخلاف تفريقها على الاطهار فانها ثابتة نظرا الى دليلها وقد بينا ان الحاجة باطن فانيط الحكم بالحال الدليل وهو الاقدام عليه في زمن الرغبة فاذا طلقها في كل طهر طلقة تحكم بالحاجة الى الثلث كذلك فورد عليه ان دليل الحاجة انما يعتبر عند تصور الحاجة وهي هنا غير متصورة للعلم بارتفاعها بالطلقة الواحدة فاجاب بمنع انتفائها بالكلية لما قررناه في جواب مالك من ان الحاجة تتحقق الى فطام النفس على وجه يامن ظاهرا عروض الندم وطريق دفعها الثلث مفرقة على الاطهار لا مجموعة لما وجبنا به **قوله** والمشروعية في ذاته جواب عن قوله مشروع فلا يجامع الحظر يعني ان مشروعيته باعتبار ذاته فانه في ذاته ازالة الرق لما قدمنا من ان النكاح نوع رق فلا ينافي الحظر لغيره وهو ما ذكرنا من ان فيه قطع متعلق المصالح الدينية والدنياوية فجاز اثبات مشروعيته في ذاته مع حظره لذلك فيصح اذا وقع ويستحق العقاب اذا لم يكن مستوفيا للحظر الحالي كالصلوة في الارض المغصوبة والوجه في تقريره انه مشروع من حيث هو دافع لحاجة لزوم فساد الدين والدنيا ولا ينافيه كونه غير مشروع من حيث انه اضرار وكفران بلا حاجة وهذا احسن من قوله مشروع في ذاته الا اذا تأملت لان هذا التفصيل هو الواقع في نفس الامر وسيصرح به في وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف في طلاق الحامل حيث قال وقالا ان لا باحة لعلة الحاجة **قوله** وكذا ايقاع الثنتين في الطهر الواحد بدعة لما قلنا من انه لا حاجة الى الزيادة على الواحدة **قوله** واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل يعني اصل المبسوط وهو الكافي للحاكم ابي الفضل اخطأ السنة وهو ظاهر الرواية لانه لا حاجة في الخلاص الى اثبات صفة البينونة ولانه يسد على نفسه باب التدارك عند عدم اختيار المرأة الرجعة وفي الزيادة لا يكره للحاجة الى الخلاص تأخرا والمراد زيادات الزيادات فلا يشكل صحة اطلاق الزيادات عليها ومما يدل على صحة هذا ان ابا ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه والقياس على الخلع والجواب بتجويز ان يكون ابو ركانة طلق قبل الدخول او انه اخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره او ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن ابي حنيفة ان الخلع لا يكره حالة الحيض **قوله** والسنة في الطلاق من وجهين في الوقت والعدد فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها وهي ان يطلق واحدة فاذا طلق غير المدخول بها ثلثا كان عاصيا ففي التي خلا بها اولى ان تكون معصية ولا يخفى ان الاستواء بينهما مطلقا متعذر فان السنة من حيث العدد في المدخول بها تثبت بتقسيمها ان يطلقها واحدة وليس غير وان يلحقها باخريين عند الطهرين ولا يتصور ذلك في غير المدخول بها اذ لا عدة لها وهذا ظاهر والسنة في الوقت تثبت في المدخول بها خاصة وكانه عم المدخول بها في التي خلا بها فانها ايضا تجب مراعات السنة في طلاقها وذلك الوقت هو الطهر الذي لا جماع فيه ولا

ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقابل الحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر **قال** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم اذا كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وهي مسئلة الاجارات

ولا في الحيض التي قبله فلزم في التخلص من البدعة في المدخول بها مراعاة السنتين فلو اخل باحدهما لزمته المعصية وانما لزمتا لان المراعاة في تحقق اباحة الطلاق دليل الحاجة اليه وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وزمان تجدده ما هو الطهر الخالي عن الجماع لا زمان الحيض ولا الطهر الذي جومعت فيه اما زمان الحيض فلانه زمان النفرة الطبيعية والشرعية واما الطهر الذي جومعت فيه فلان بالجماع مرة تفتر الرغبة واما غير المدخول بها فالرغبة فيها متوفرة ما لم يذقها فطلاقها في حال الحيض يقوم دليلا على تحقق الحاجة فجاز ان يطلقها في حال الطهر والحيض جميعا خلافا لزفر رح هو يقيسها على المدخول بها بجامع انه وقت النفرة فلم يكن الطلاق فيه دليل الحاجة فلا يباح وفيما ذكرنا جوابه بالفرق وهو قوله الرغبة في غير المدخول بها صادقة لا تقابل بالحيض فان قلت هذا التعليل في مقابلة النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم لابن عمر ما هكذا امرك الله فالجواب ان الاشارة من قوله هكذا الى طلاقه الحاصل الذي مر قبله منه فيجوز كون تلك كانت مدخولا بها ولانه قال في رواية في هذا الحديث فتلك العدة التي امر الله تعالى ان يطلق لها النساء والعدة ليست الا للمدخول بها **قوله** واذا كانت المرأة لا تحيض من صغر اي بان لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع او كبر بان كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر او لا لها بان بلغت بالسن ولم ترد بالحيض فاراد ان يطلقها للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى واذا مضى شهر طلقها اخرى قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اي لم يحضن بعد فيما مضى لان تقلب معنى المضارع الى المضي فاقام الاشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض اليها وايضا نص على ان الاشهر عدة بقوله فعدتهن ثلاثة اشهر والعدة في ذوات الحيض ليس الا الحيض لا الجموع فلزم بالضرورة كون الاشهر بدل الحيض وروعي بالاستبراء فانه في ذوات الحيض بحيضة وحبل فيمن لا تحيض بشهر ويجوز كون الاقامة باعتباره مع لازمه من الطهر المضاف الى كل حيضة ورجح بانه لو لم يكن كذلك اكتفى بعشرة ايام لانها اكثر الحيض المجعول عدة والحيض المجعول عدة هو الذي يفصل بينه وبين مثله طهر صحيح بحيث تكون مدتها غالبا شهرا وفرق بين قولنا هو بدل عن حيض تخللها اطهار وقولنا بدل عن الحيض والاطهار المتخللة فالطهر ضرورة تحققها لا من مسماه وبما الزم به من انه لو كان مقام الحيض والطهر جميعا لزم منع الطلاق في الشهر الثاني لانه في الحيض حكما مدفوع بانه مقامه في انه عدة فقط لا في ذاته وذات الشهر طهر ولا في حكم آخر الا يرى ان الطلاق عقيب الجماع في طهر ذوات الاقراء حرام وفي الآيسة والصغيرة لا يحرم فكذا الطلاق في الشهر الثاني وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له في الفروع **قوله** ثم ان كان الطلاق وقع في اول الشهر وهو ان يقع في اول ليلة روي فيها الهلال تعتبر الشهور بالاهلة اتفاقا في التفريق والعدة وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق اي في تفريق الطلقات بالاتفاق فلا تطلق الثانية في اليوم الموفي ثلثين من الطلاق الاول بل في الثاني والثلثين فما بعده لان كل شهر معتبر بثلاثين فلو طلقها في اليوم الموفي ثلثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد وفي حق العدة كذلك عند ابي حنيفة رح لتعتبر بالايام وهو رواية عن ابي يوسف رح فلا تنقضي عدتها الا بمضي تسعين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في العدة بالاهلة بالاجماع يخالف نقل الخلاف **قوله** وهي مسئلة الاجارات يعني اذا استاجر ثلاثة اشهر في راس الشهر اعتبرت بالاهلة اتفاقا ناقصة كانت او كاملة وان استاجر بها في اثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه اسهل وليس بشيء ووجهه بان الاصل في الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن ان يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء وهو لم يستاجر بها جمادين ورجب ثلاثة اشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة فح فلا بد من تعيين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة اشهر من هذا اليوم

قال ويجوز ان يطلقها ان يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان وقال زفر يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان وهو الشهر ولنا انه لا يتوهم الحبل فيهما والكراهية في ذوات الحيض باعتبار ان عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وان كانت تفتر بما ذكر لكن تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطئ غير معلق فيرى من شؤم الولد فكان الزمان زمان الرغبة فصار كزمان الحبل وطلاق الحامل حرج عقيب الجماع لانه يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطئ لكونه غير معلق او في المكان ولدا منها فلا يقل الرغبة بالجماع ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر وعند زفر وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يطلقها للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على قصر مدة العدة والشهر في حق الحامل ليس من قصرها فصار كالممتدة طهرها وكما ان الاباحة لعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا بخلاف الممتدة طهرها لان العلم في حقها انما هو الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى مع الحبل

فلا يقتضي هذا الشهر حتى يدخل في الآخر الا ثم يبتدأ الآخر من حين انتهى الاول فيلزم كذلك في الثلاثة **قوله** ويجوز ان يطلقها اي يطلق التي لا تحيض من صغر او كبر ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان وبه قالت الائمة الثلاثة وقال زفر يفصل بين وطيها وطلاقها بشهر وفي المحيط قال الحلواني هذا في صغيرة لا يرجى حبلها اما فيمن يرجى فالافضل له ان يفصل بين وطيها وطلاقها بشهر كما قال زفر ولا يخفى ان قول زفر ليس هو افضلية الفصل بل لزوم الفصل لان الشهر قائم مقام الحيض في التي تحيض وفيها يجب الفصل بحيضة ففي من لا تحيض يجب الفصل بما اقيم مقامه وهو الشهر ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان **قوله** ولنا انه لا يتوهم الحبل فيهما اي في التي لا تحيض من صغر او كبر والكراهية اي كراهية الطلاق الطهر الذي جامع فيه في ذوات الحيض لتوهم الحبل فيشتبه وجه العدة انها بالحيض او بالوضع وهذا الوجه يقتضي في التي لا تحيض لا الصغر ولا الكبر بل باتفاق استدام طهرها متصلا بالصغر وفي التي لم تبلغ بعد وقد وصلت الى سن البلوغ ان لا يجوز تعقيب وطيها بطلاقها لتوهم الحبل في كل منهما ولما كان ظاهر ان يقال قد علمتم منع الطلاق في الطهر الذي جامع فيه انفا بقوله والرغبة فلم يقع الطلاق دليل الحاجة فغاية الامر ان الطلاق في ذلك الطهر ممنوع من وجهين لاشتباه العدة ولعدم المبيح وهو الطلاق مع دليل الرغبة وفي الصغيرة والآيسة ان فقد الاول فقد وجد الثاني فيمتنع اجاب بقوله والرغبة الخ وحاصله منع عدم الرغبة مطلقا بجماع هذه بل انتفاء سبب من اسبابها وهو لا يستلزم عدمه مطلقا الا لو لم يكن من وجه آخر وقد وجد وهو كونه وطئا غير معلق فرأى من شؤم الولد فكان الزمان زمان رغبة في الوطئ وصار كزمان الحبل وعلى هذا التقرير لا معنى للسؤال القائل لما تعارضت جهة الرغبة مع جهة الفتور فتساقطا يبقى الاصل وهو حظر الطلاق وتكلف جوابه لان حاصل الوجه ان للرغبة سببين عدم الوطئ مدة تجدد الرغبة عند آخرها عادة وكون الوطئ غير معلق فعدم المدة فقط بالوطئ القريب عدم احد السببين مع قيام الآخر وذلك لا يوجب عدم الرغبة هذا ثم يمكن ان يقال ينبغي ان يقتصر في الجواب على منع عدم الرغبة ويترك جميع ما قبله من التعليل لبعد توهم الحبل وادعاء ان الكراهية في ذوات الحيض باعتباره فانه تعليل بما لا اثر له لانها عقيب الطلاق مترددة على كل حال الى ان ترى الدم ثلث مرات او لا تراه فتستمر في العدة الى ان تطهر حاملا او يظهر انه امتد طهرها بان لم يظهر حملها فقصير لا مراد فهذا الحال لا يختلف بوطيها في الطهر الذي فيه الطلاق وعدم وطيها فيه فظهر ان التعليل باشتباه وجه العدة لا اثر له اذ لم يبق فرق بين اعتدادها اذا جومعت في الطهر وعدمه الا تجويز انها حملت اولا وهذا لا يختلف معه الحال التي ذكرنا من اعتدادها لا يقال انه على اصل الشافعي من ان الحامل تحيض يصح التعليل به لانها بهذا الانفصال من الوطئ يجوز الحبل وان رأت الدم فلا يجزم بعدم رؤية ثلثا الا اذا امضت مدة يظهر في مثلها الحبل فلم يظهر بل وعلى اصلنا لا نا نمنع من رؤية الحامل الدم بل نقول ان ما تراه استحاضة فمع تجويزنا الحبل لا يتيقن بان ما رأته حيض او استحاضة وهي حامل الى ان تذهب مدة لو كانت حاملا فيها لظهر الحبل لانا نقول هذا بعينه جار فيما لو وطئت في الطهر الذي يليه طهر الطلاق فلو اعتبر مانعا منع الوطئ فيه ايضا خصوصا في آخره والحق ان كراهية الطلاق عقيب الجماع في ذات الحيض لعروض التدم بظهور الحبل لمكان الولد وشتات حاله وحال امه **قوله** وطلاق الحامل يجوز عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة ان اعتبر حاضرا او لانه زمان الرغبة في الوطئ لكونه غير معلق لانه التقى انهاء حاجته او مخطئة فبقي انما من غيره فرغب فيه لذلك او لمكان ولده منها لانه يتقوى به الولد فيقصد نفعه فظهر انه لا حاجة الى قوله فيها بل الرغبة في الوطئ لكل من الامرين **قوله** ويطلقها ثلثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح لا يطلقها للسنة الا واحدة وقال بلغنا ذلك عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رض لان الاصل في الطلاق

شهر

انه جبلت

وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ والأصح أنه واجب تحقيقا لحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثرها وهو المدة ودفعا لضرر تطويل العدة

أخر وقدر الشرع بإهلال الثالث مفرقا على فصول العدة في ذوات الحيض وورد بإقامة الأشهر مقام الحيض في الصغيرة والآيسة فصح الإلحاق في تفريقها على الأشهر والشهر في حق الحامل ليس من فصول عدتها فصارت الحامل كالممتدة طهرها وفيها لا يفرق الطلاق على الأشهر فكذا الحامل وقول محمد رحمه الله قول الأئمة الثلاثة ولهما أن الإباحة لبقاء الحاجة وقد بينا أنها لا تنتفي مطلقا بالطلقة الواحدة فشرع لدفعها على وجه لا يعقب الندم التفريق على أوقات الرغبة وهي الأطهار التي تلي الحيض ليكون كل طلاق في ليل قبلها ولا دخل لكونها من فصول العدة لو كانت فصولا فكيف وفصولها ليس إلا الحيض لأنها العدة لا الأطهار عندنا فكونها فصلا من فصول العدة ليس جزءا لمؤثر دليل الحاجة وشرط دلالة كونه في زمان تجدد الرغبة والتجدد بعد الفتور لا يكون عادة إلا بعد زمان معين رأينا الشرع قدرها على الأطهار وجعل الإيقاع أول كل طهر جائزا علمنا أنه حكم بتجدد الرغبة عند تحقق قدر ما قبله من الزمان إلى مثله من أول طهر يليه وذلك في الغالب شهر فأدرنا الإباحة على الشهر وعلى هذا فالتفريق على الأشهر في الآيسة والصغيرة ليس لكونها فصولا لإقامتها مقام العدة بل لما ذكرنا فالإثبات فيها أيضا بالقياس لا بالنص ودلالته بخلاف ما قاس عليه من ممتدة الطهر لأنها محل النص على تعلق جواز الإيقاع بالطهر الحاصل عقيب الحيض وهو موجود في حقها كل لحظة ولا يرجى في الحامل ذلك وعلى هذا التقرير يسقط ما رجح به شارح قول محمد رحمه الله تعالى أوجب التفريق على فصول العدة بقوله سبحانه فطلقوهن لعدتهن لما بينا من الفارق كونه فصلا من فصول العدة بالنسبة إلى الحكم على أنا نمنع دلالة الآية على التفريق أصلا بل على استقبال العدة بالطلاق والعدة مجموع الأقراء وإنما يفيد تفريقه قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر المتقدم إن من السنة أن تستقبل الطهر فيطلقها لكل قرء وأريد بالقرء الطهر وقد جاء عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضوان الله عليهم في تفسير الآية أن يطلقها طاهرة من غير جماع وهذا لأن لزوم التفريق طريقه أن مفهوم طلقوهن إذا وجد إطلاقهن لعدتهن فيستلزم عموم عموم طلاقهن لأنه جنس مضاف فكل واحدة فقد حل جميع طلاقهن وهو ثلاث لجميع عدتهن وجميعه بفم واحد حرام فكان المراد تفريقه على الأطهار أو ما يقوم مقام ما يستلزمها وهذا غير لازم لأن الفعل إنما يدل على المصدر النكرة فالمعنى إذا وجد إطلاقا عليهن لعدتهن أي الاستقبال وأيضا فلفظة فصول العدة غير مذكور في النصوص إنما سماها بذلك الفقهاء ولا يعقل من معناه سوى أنه جزء من أجزائها نسبة خاصة إليها اتفق أنه ثلثها اتفاقا وكل شهر من شهور الحامل جزء من أجزاء عدتها كذلك وإن لم يتفق أن نسبته بالثلث وعلى هذا القوي بحث شمس الأئمة أن الشهر من فصول العدة الحامل غير أنا لا نعلق به إباحة الإيقاع من حيث هو فصل وجزء بل من حيث هو زمان يتجدد فيه الرغبة عند مضي بقية ذلك القدر من الزمان قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض فهو في الطلاق خلافا لمن قدمنا النقل عنهم من الإمامية ونقل الصباغ عن إسماعيل بن علية من المحدثين وهذا لأن النهي عنه لمعنى في غيره لينفي النهي لقبح عين الأمر أي قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وهو الأمر بالأمر في قوله صلى الله عليه وسلم بأمر الله وقوله وهو ما ذكرنا أي من تحريم تطويل العدة ثم هو بهذا الإيقاع عاص بإجماع الفقهاء ويستحب له أن يراجعها لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر في حديث ابن عمر في الصحيحين مر ابنك فليراجعها حين طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع فيندفع به قول أنا في الوقوع والحث على الرجعة والاستحباب المذكور أنها هو قول بعض المشايخ وكأنه عن قول محمد في الأصل وينبغي له أن يراجعها فإنه لا يستعمل في الوجوب والأصح أنه واجب كما ذكر المصنف حملا لحقيقة الأمر أن حقيقة وجد الصيغة المطلقة على وجه الحتم واعلم أن على قول الشافعي رحمه الله أن لفظ الأمر الذي مادته أم مشترك بين الصيغة الناوية والموجبة حتى يصدق الندب مأمورا به حقيقة فعلى هذا لا يلزم الوجوب إذ لا يلزم من قوله مر أو جد الصيغة المطلقة مجردة من القرائن بل يحتمل ذلك وغيره فإذا لم تتعين ثبت كونه مطلقا في الجملة وهو لا يستلزم الوجوب ولذا قال الشافعي رحمه الله وكذا محمد رحمه الله بالاستحباب وأما عندنا فصيغة الأمر الصيغة الموجبة كما أن الصيغة

قال واذا طهرت من حيضها ثم طهرت فان شاء طلقها واحدة وان شاء امسكها حتى تحيض وتطهر وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي رحمه الله يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وقال ابو الحسن الكرخي ما ذكر الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكر في الاصل قولهما وجه المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا يتجزى تكاملها واذا كملت الحيضة الثانية فالطهر الذي يليه ان السنة فيما امكن تطليقها على وجه السنة وجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالرجعة فصار كانه لم يطلقها في الحيض فيكون تطليقها في الطهر الذي يليه

حقيقة في الوجوب فيلزم الوجوب منها وان كانت صادرة عن جهة سفارة النبي صلى الله عليه وسلم لانه نائب عنه فيها فهو كالمبلغ للصيغة فاشتمل قوله مره انك على هيئتين صريح هو الوجوب على مر رضي الله عنه يامر ينهى وهو ما يتعلق به عند توجيه الصيغة اليه والتكون بالاستحباب هنا انما نبوه على ان المعصية وقعت تنفيذا لرقاعها فيتحقق بجزء التشبيه بعدم مباشرتها والجواب ان ذلك لا يصلح صارفا للصيغة عن الوجوب بجواز ايجاب رفع اثرها وهو العدة وتطويلها اذ بقاء الامر لبقائها هو اثره من وجه فلا يترك الحقيقة قيل عليه ما حاصله ان هذا يصلح بحثا يوجب الوجوب لكن لا يفيد ان ما ذكر القدوري من الاستحباب قول بعض المشايخ مع ان محمدا في الاصل انما قال الفظ يدل على الاستحباب ومرجع هذا الكلام الى انكار نقل الوجوب عن المشايخ صريحا الى قول بعض المشايخ بل ذلك بحث فاذا تحقق النقل اندفع وقوله والاصح كذا في عادة المصنفين نقل المرجح في المذهب لا ترجيح مذهب آخر خارج عن المذهب وتذكير ضمير اثره مع انه للمعصية اما لتاويلها بالعصيان او هو للطلاق في الحيض **قوله** واذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان شاء امسكها هذا لفظ القدوري وهكذا ذكر في الاصل ولفظ محمد فيه فاذا طهرت في حيضة اخرى راجعها وذكر الطحاوي ان له ان يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة التي طلقها وراجعها فيها قال الشيخ ابو الحسن الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رحمه الله وما ذكره في الاصل قولهما والظاهر ان ما في الاصل قول الكل لانه موضوع لاثبات مذهب ابي حنيفة رحمه الله الا ان يحكي الخلاف ولم يحك خلافا فيه فلذا قال في الكافي ان ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وبه قال الشافعي وفي المشهور عن مالك واحمد وما ذكر الطحاوي رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو وجه للشافعية وجه المذكور في الاصل وهو ظاهر المذهب لابي حنيفة رحمه الله من السنة ما في الصحيحين من قوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فان بدا له ان يطلقها فليطلقها قبل ان يمسها فتلك العدة كما امر الله عز وجل وفي لفظ حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ووجه ما ذكر الطحاوي رواية سالم في حديث ابن عمر رضي الله عنه مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا او حاملا رواه مسلم واصحاب السنن والاولى اولى لانها اكثر تفسيرا بالنسبة الى هذه الرواية واقوى صحة وظهر من لفظ الحديث حيث قال يمسكها حتى تطهر ان استحباب الرجعة او ايجابها مقيد بذلك الحيض الذي وقع فيه وهو المفهوم من كلام الاصحاب اذا تؤمل فعلى هذا اذا لم يفعل حتى تطهرت تقررت المعصية واما الوجه من جهة المعنى فوجه الظاهر المذكور في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالحيضة الثانية ولا تتجزى اي ليس بجزئها على حدة حكم في الشرع والاولى ان يقول ولا يمكن ان يكون بعض حيضتين حيضة فوجب تكاملها اذ لا يتصور حيضة الا الثانية فلغو بعض الاولى ووجه ما ذكره الطحاوي ان اثر الطلاق انعدم بالرجعة فصار كانه لم يطلقها في هذه الحيضة فيسن تطليقها في الطهر الذي يليها وعلى هذه الرواية يتفرع ما عن ابي حنيفة رحمه الله اذا طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها لا يكره ان يطلقها الثانية في ذلك ولو راجعها بعد الثانية لا يكره ايقاع الثالثة وعلى هذا فرع ما لو اخذ يدها بشهوة ثم قال لها انت طالق ثلثا للسنة تقع الثلث للسنة في الحال متتابعة لانه يصير مراجعا بالمس بشهوة فيكون الوقت وقت طلاق السنة فيقع الثاني وكذا الثالث وعلى ظاهر الرواية وهو قولهما لا تقع الا الاولى ثم في كل طهر بعد حيضة تقع اخرى فما ذكر في المنظومة ومجمع البحرين من نسبة ذلك الى ابي حنيفة رحمه الله انما هو على رواية الطحاوي لا على ظاهر مذهبه هذا اذا وقعت الرجعة بالقول او بالمس اما اذا وقعت بالجماع ولم تحبل فليس له ان يطلقها اخرى في هذا الطهر بالاجماع لانه طهر جامعها فيه وان حبلت فعند ابي يوسف رحمه الله وليس له ان يطلقها اخرى حتى يمضي لوقت الطلاق شهر وعند ابي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله له ان يطلقها لان العدة الاولى سقطت بالطلاق عقيب الجماع في الطهر انما الحبل لاشتباه امر العدة عليها وذلك لا يوجد اذا حبلت وظهر الحبل هذا في تخلل الرجعة فاما لو تخلل النكاح بان كان الاولى البائن فيكره الطلاق اثنان اتفاقا وقيل في تخلل الرجعة ليس له ان يطلقها اتفاقا والاوجه انه على اختلاف الرواية عنه

ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلثا للسنة لا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث متفرقة او عند رأس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الطهر او في حالة الحيض لانه نوى حقيقة كلامه لان الطهر عند السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة لا انه واقعا فلم يتناوله مطلق كلامه ونية الجمع عند نية الثلث واذا كانت آيسة او من ذوات الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا لما قلنا بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة ولم ينو على الثلث حيث لا تصح نية الجمع فيه لان نية الثلث انما صحت فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت من ضرورته تعميم الواقع فيه فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الثلث

قوله ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة فان نوى ذلك فاظهر ثم ان لم يكن جامعها في هذا الطهر وقعت واحدة للحال ثم عند كل طهر اخرى وان كان جامعها لم يقع شيء حتى تحيض وتطهر وعند الشافعي يقع الثلث للحال لانه لا بدعة عنده ولا سنة في العدة ولو كانت من ذوات الاشهر باقي ولو كانت غير مدخول بها وقع عليها واحدة في الحال وان كانت حائضا ثم لا يقع شيء الا ان يتزوجها مرة اخرى فتقع الثانية فان تزوجها ايضا وقعت الثالثة وجه المسئلة على ما هو التحقيق ان اللام للاختصاص فالمعنى الطلاق المختص بالسنة والسنة مطلق فينصرف الى الكامل وهو السني عددا ووقتا فوجب جعل الثلث مفرقا على الاطهار ليقع واحدة في كل طهر واما تعليل المص بكون اللام للوقت فلا يستلزم الجواب لان المعنى حينئذ لوقت السنة وهذا يوجب تقييد الطلاق بما هي حقيقة سنة الطلاق وهو السني وقتا وح فوقوع ثلثا في وقت السنة ويصدق بوقوعها جملة في طهر بلا جماع فانه بهذا التقرير استمع فهم السنة في حقيقتها بخلاف ما قررناه لما لو صرفه عن هذا بنية قال الثلث حيث يصح خلافا لزفر قال فانه بدعة عند السنة ولا يحتمله لفظه فلا تعمل نيته فيه قلنا بل يحتمله لانه سني وقوعا اي وقوعه بالسنة فتصح ارادته وتكون اللام للتعليل اي لاجل السنة التي اوجبت وقوع الثلث بخلاف ما لو صرح بالاوقات فقال انت طالق ثلثا اوقات السنة حيث لا تصح فيه نية الجمع لعدم احتمال اللفظ والنية انما تعمل مع لفظ محتمل واللام تحتمل الوقت والتعليل وهي في مثله للوقت اظهر منها للتعليل فينصرف الى التعليل بالنية والى الوقت عند عدمها بخلاف لفظ اوقات وكذا اذا نوى ان يقع عند راس كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت عند راس الشهر حائضا او طاهرة لان راس الشهر اما ان يكون زمان حيضها او طهرها فعلى الثاني هو سني وقوعا وايقاعا وعلى الاول سني وقوعا فنية الثلث عند راس كل شهر مع العلم بان راس الشهر قد يكون حائضا فيه نية الاعم من السني وقوعا وايقاعا معا او احدهما قوله وان كانت اي المرأة التي قال لها انت طالق ثلثا للسنة آيسة او من ذوات الاشهر التي هي فصول العدة عندهم فيتناول الحامل عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقعت الساعة واحدة وبعد كل شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الاقراء على ما بينا من ان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قوله وان نوى ان تقع الساعة ثلث وقعن عندنا خلافا لزفر له لما قلنا من انه سني وقوعا فينوي منويا وتقاعل ان يقول ينبغي ان يقع الثلث في الحال متتابعة لان هذه يجوز ان يطلقها جماعة كل وقت في حقها وقت طلاق السنة وما وجهتم به ذلك وهو ان الرغبة مستمرة ولو عقيب الجماع يوجب توالي الثلث في الوقوع كما لو شهدا بشهادة وقال انت طالق ثلثا للسنة على ما مر عن ابي حنيفة رح حيث يقع الثلاث متتابعة لان وقت كل واقع هنا وقت السنة وان اختلف الوجه وعلى هذا يجب ان لا يحصر حل طلاقها ثلثا بطلقات متفرقة في ان يفرق بين كل تطليقتين بشهر بل غايته ان يكون اولى فيتعطف هذا البحث على ما تقدم ايضا قوله بخلاف ما اذا قال انت طالق للسنة الخ اذا قال انت طالق للسنة ولم يذكر ثلثا وقعت واحدة في الحال ان كانت في طهر لم يجامعها فيه وان كانت قد جامعها او حائضا لم يقع شيء حتى تطهر فيقع واحدة لان اللام فيه للاختصاص اي الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلثا مفرقا على الاطهار صح لان المعنى في اوقات طلاق السنة ومن ضرورته وقوع الطلاق في كل وقت منها هي متعددة تعدد الواقع فيصح ولو نوى ثلثا جملة اختلف فيه فذهب المص وفخر الاسلام والصدر الشهيد وصاحب المختلفات الى انه لا يصح وانما يقع به واحدة في الحال وذهب القاضي ابو زيد وشمس الائمة وشيخ الاسلام الى انه يصح فيقع ثلث جملة كما يقع متفرقا على الاطهار لان السنة تحتمل معنى التعليل فيصح وقوعها كما اذا صرح بلفظ الثلاث وحققه بعضهم بان تطليقة المختصة بالسنة مستحق وجودها عرف وشرعي وكلاهما عرفا بالسنة وان اقترن احدهما بالمعنى فايهما نوى صح فاذا نوى البدعي صح لانه يحتمل

وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته وحال اهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا لحاجته اعتبارا بالطائع وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع

المغلوب على عقله وضعفه وروى ابن ابي شيبة بسنده عن ابن عباس رضي الله عنه لا يجوز طلاق الصبي وروى ايضا عن علي رضي الله عنه كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه وعلقه البخاري ايضا عن علي رضي الله عنه بما يجوز منها النفاذ وروى البخاري ايضا عن عثمان رضي الله عنه انه قال ليس لمجنون ولا سكران طلاق لكن معلوم من كليات الشريعة ان التصرفات لا تنفذ الا ممن له اهلية التصرف واذا ثبت بالعقل والبلوغ خصوصا ما هو دائر بين الضرر والنفع خصوصا ما لا يحل الا لانتفاء المصلحة ضده القائم كالطلاق فانه يستدعي تمام العقل لحكم به التمييز في ذلك الامر ولم يكف عقل الصبي العاقل لانه لم يبلغ الاعتدال بخلاف ما هو حسن لذاته بحيث لا يقبل حسنه السقوط وهو الايمان حتى صح من الصبي العاقل ولو فرض لبعض الصبيان المراهقين عقل جيد لا يعتبر لان المدار صار البلوغ لانضباطه فتعلق الحكم وكون البعض له ذلك لا يبني الفقه باعتباره لانه انما يتعلق بالمضان الكلية وبهذا يبعد ما نقل عن ابن المسيب انه اذا عقل الصبي الطلاق جاز طلاقه وعن ابن عمر رضي الله عنه جواز طلاق الصبي مراده العاقل ومثله عن الامام احمد رحمه الله والله اعلم بصحة هذه النقول **قوله** وطلاق المكره واقع وبه قال الشعبي والنخعي والثوري خلافا للشافعي رحمه الله وبقوله قال مالك واحمد رحمه الله فيما اذا كان الاكراه بغير حق لا يصح طلاقه ولا خلعه وهو مروي عن علي وابن عمر وشريح وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه لا يجامع الاختيار الذي به يعتبر التصرف الشرعي بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق غير راض بحكمه فيقع طلاقه قلنا وكذلك المكره مختار في التكلم اختيارا كاملا في السبب الا انه غير راض بالحكم لانه عرف الشرين فاختار اهونهما عليه غير انه محمول على اختياره ذلك ولا تاثير لهذا في نفي الحكم يدل عليه حديث حذيفة وابيه حين حلفهما المشركون فقال لهما صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم فبين ان اليمين طوعا وكرها سواء فعلم ان لا تاثير للاكراه في نفي الحكم المتعلق بمجرد اللفظ عن اختيار بخلاف البيع لان حكمه يتعلق باللفظ وما يقوم مقامه مع الرضاء وهو منتف بالاكراه وحديث رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه من باب المقتضى ولا عموم له ولا يجوز تقدير الحكم الذي يعم احكام الدنيا واحكام الآخرة بل الحكم الدنيا واما حكم الآخرة فالاجماع على ان حكم الآخرة وهو المواخذة مراد فلا يراد الآخر معه والا عم وروى محمد رحمه الله باسناده عن صفوان بن عمر الطائي ان امراة كانت تبغض زوجها فوجدته نائما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته وقالت لتطلقني ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم لا قيلولة في الطلاق وروى ايضا عن عمر رضي الله عنه قال اربع جهات مضللات ليس فيهن رديد النكاح والطلاق والعتاق والصدقة واما الوجه القائل الاكراه لا يزيل الخطاب فيما اكره فيه حتى يباح مرة ويفترض اخرى ويحرم اخرى فليس الكلام في حل الاقدام وحرمته بل في ترتب حكم ما حل او وجب الاقدام عليه اذا كان تلفظا اولا يلزم من حل التلفظ دفعا للضرر عن نفسه ترتب حكمه اذا كان مما يضره فالوجه ما تقدم وجميع ما يثبت مع الاكراه احكامه عشرة تصرفات النكاح والطلاق والرجعة والايلاء والفيء والظهار والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر وجمعها يسهل حفظها في قولي يصح مع الاكراه عتق ورجعة + نكاح وايلاء طلاق مفارق ونفي وظهار واليمين ونذره وعفو لقتل شاب عنه مفارقي وبذا في الاكراه على غير الاسلام والا فيما لا اكراه على الاسلام تتم احد عشر لان الاسلام يصح معه **قوله** وطلاق السكران واقع وكذا عتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المراة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحي وما في بعض النسخ المختصر من قوله يقع الطلاق اذا قال نويت به الطلاق يعني المكره والسكران فليس بسبب لاصحابنا لانه اذا قال نويت به او ذكر كناية من الكنايات مثل انت حرة فيجب ان يصدق فيقع بالاجماع وفي شرح بكر السكران الذي يصح به التصرفات

ولمختار الكرخي والطحاوي رحمهما الله لا يقع وجه قول الشافعي رحمه الله لان حقيقة العقل بالعقل وهو زال العقل فيه بسبب لزوال العقل بالنبيذ والادوية كالبنج وزال بسبب هو معصية فيجعل باقيا حكما زجرا للمتعاطي حتى لو شرب البنج وزال عقله بالصداع نقول انه يقع طلاقه

ان يصير بحال يحسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنه الناس لكنه يعرف الرجل من المرأة وفي المسئلة خلاف عال بين التابعين ومن بعدهم فقال بوقوعه من التابعين سعيد بن المسيب وعطاء والحسن البصري وابراهيم النخعي وابن سيرين ومجاهد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وفي الاصح واحمد في رواية وقال بعدم وقوعه القاسم بن محمد وطاوس وربيعة بن عبد الرحمن والليث واسحق بن راهويه وابو ثور وزفر وقد ذكرناه عن عثمان رضه وروي عن ابن عباس رضه وهو مختار الكرخي والطحاوي ومحمد بن سلمة من مشايخنا ووجهه ان اقل ما يصح التصرف معه وان كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه القصد الصحيح او مظنته وليس له ذلك هو اسوأ حالا من النائم لانه اذا اوقظ يستيقظ بخلاف السكران وبما ذكرنا زال بالبنج والدواء وهو الافيون وكون زوال عقله بسبب هو معصية لا اثر له والا صحت ردته ولا تصح قلنا لما خاطبه الشرع في حال سكره بالامر والنهي بحكم نوعي عرفنا انه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه في الاحكام الفرعية وعقلنا ان ذلك يناسب كونه تسبب في زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه وعلى هذا اتفق فتاوى مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله باكل الحشيش وهو المسمى بورق الغنب لفتواهم بحرمته بعد ان اختلفوا فيها فافتى البزني بحرمتها وافتى اسد بن عمر بحلها لان المتقدمين لم يتكلموا فيها بشيء لعدم ظهور شانها فيهم فلما ظهر من امرها من الفساد كثيرا وفشى عاد مشايخ المذهبين الى تحريمها وافتوا بوقوع الطلاق ممن زال عقله بها قادرنا عليه واعتبرنا اقواله وهذا الوجه من الجانبين يفيد ان الخلاف في صحة تصرفات السكران بالمعنى الاول وهو من لا عقل له يميز به الرجل الى آخره وبه يبطل قول من ادعى ان الخلاف انما هو فيه بمعنى عكس الاستحسان والاستقباح مع تمييز الرجل من المرأة والعجب ما صرح به في بعض العبارات من ان معه من العقل ما يقوم به التكليف اذ لا شك ان على هذا التقدير لا يتجه لاحد ان يقول لا يصح تصرفاته اما ذلك الخطاب فقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لانه ان كان خطابا له حال سكره فنص وان كان قبل سكره يستلزم ان يكون مخاطبا في حال سكره واذا يقال اذا جئت فلا تفعل كذا وبدلالات النصوص والاجماع فانه لما الحق بالصاحي فيما لا يثبت مع الشبهة وهو الحد والقصاص حتى حد وقتل اذا قذف وقتل فاذا الحق به فيما يثبت مع الشبهة كالطلاق والعتاق اولى وانما لم يعتبر اقراره بما يوجب الحد لان حاله وهو كونه لا يثبت على شيء يوجبه اجماعا اقربه عقيبه عدم صحة ردته لان صريح النص ما اعتبر عقله باقيا الا فيما هو من فروع الدين فلو اثبتناه في اصل الدين كان بالقياس ولا يلزم من التشديد عليه فيما لا يوجب الكفارة التشديد فيما يوجبه ولان الكفار والحالة هذه انما يكون احتياطا ولا يحتاط في الاكفار بل يحتاط في عدمه ولان كونها الاعتقاد وهو منتف لا يقال يلزم عدم اكفار الهازل لانه ايضا لا يعتقد ما قاله من الكفر لانا نقول الواقع اكفاره بالاستخفاف بالدين والاستخفاف بالدين كفر وهو منتف في السكران لان زائل العقل لا يوصف بانه مستخف بشيء وفي جل الفقه لان ابقاء عقله للزجر والحاجة الى الزجر فيما يغلب وجوده والردة لا يغلب وجودها ولان جهة زوال العقل تقتضي بقاء الاسلام وجهة بقائه زواله فترجح جهة البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى وعدم الوقوع بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالبا فلا يكون زوال العقل بسبب معصية حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو او خال الآفة ينبغي ان يقول يقع فان عبد العزيز الترمذي قال سئلت ابا حنيفة رحمه الله عن رجل شرب البنج فارتفع الى راسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امرأته وان لم يعلم لم تطلق ومعلوم ان الضرورة مبيحة فكان محمل هذا ما قلنا وعن ذلك قلنا اذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع والحكم لا يضاف الى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة عند الصداع القطع بان شربه لا يصل الى المعلول الا لو شربنا فالشرب ليس موضوعا للصداع بل يثبت الصداع اتفاقا عند استعداد الطبيعة

وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك جوهر في آخر الكتاب
ان شاء الله تعالى وطلاق الامة تطليقتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق
معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام طلاق الرجال بالعدد وبالنساء ولان صفة المالكية كرامة والادمية منتهية
لها ومعنى الادمية في الحر اكمل فكانت مالكية ابلغ ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان

في ذلك الوقت فصار الشرب الذي وجد عنه الصداع الذي عنه زوال العقل كسفر المعصية لما لم يكن موضوعا للمعصية لم يوجب التشديد بمعنى الترخص
فلم يضف زوال العقل اليه ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذي لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل بل زال حيث تعلق التشديد لاضافة
زوال العقل اليه وهو المعصية وعلى هذا الوشربها مكرها او لاساغة لقمة ثم سكر لا يقع عند الائمة الثلاثة وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على انه
يقع لان عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول احسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب في زواله بسبب
محظور وهو منتف والحاصل ان السكر بسبب مباح كمن اكره على شرب الخمر والاشربة الاربعة المحرمة او اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر بمنا
مختلف اعتبرت عبارته وانما من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند ابي حنيفة وابي يوسف وخلافا لمحمد ويفتى بقول محمد
لان السكر من كل شراب محرم **قوله** وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت مفهومة وكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا فيصح بها نكاحه وطلاقه وقذفه
سواء قدر على الكتابة او لا وهذا استحسان بالضرورة فانه لو لم يعتبر منه ذلك ادى الى موته جوعا وعريا ثم رأينا الشرع اعتبرها منه في العبادات الا يرى انه اذا
حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا فكذا في المعاملات وقال بعض الشافعية ان كان يحسن الكتابة لا يقع طلاقه بالاشارة لامكان الضرورة بما هو
اول على المراد من الاشارة وهو قول حسن وبه قال بعض مشايخنا ولا يخفى ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاق الاشارة المقرونة بصوت منه
لان العادة منه ذلك فكانت الاشارة بيانا لما اجمله الاخرس ويتصل بما ذكرنا كتابة الطلاق والاخرس فيها كالصحيح فاذا طلق الاخرس امرأته بالكتابة وهو
يكتب جاز عليه من ذلك ما يجوز على الصحيح لانه عاجز عن الكلام قادر على الكتاب فهو الصحيح في الكتاب سوار وسنفصله ان شاء الله تعالى
موصولا بكنايات الطلاق **قوله** وطلاق الامة تطليقتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا وقال الشافعي عدد
الطلاق معتبر بالرجال فان كان الزوج عبدا وهي حرة حرمت عليه تطليقتين وان كان هو حرا وهي امة لا تحرم عليه الا بثلث ونقل ان الشافعي لما
قال عيسى بن ابان له ايها الفقيه اذا ملك الحر على امرأته الامة ثلثا كيف يطلقها للسنة قال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت وقع اخرى فلما
اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال له حسبك قد انقضت عدتها فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بينه ولا في التفريق سنة وبقول الشافعي
قال مالك واحمد وهو قول عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبقولنا قال الثوري وهو مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهما لما روي عن
صلى الله عليه وسلم الطلاق بالرجال والعدة بالنساء قابل بينهما واعتبار العدة بالنساء من حيث العدد فكذا ما قوبل به تحقيقا للمقابلة فانتج النسب من
ان يراد به الايقاع بالرجال لانه معلوم من قوله تعالى فطلقوهن وفي موطأ مالك وان نفيعا مكاتبا لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم او عبدا
كان تحته امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم اراد ان يراجعها فامره ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ان يأتي عثمان فيسأله عن ذلك فلقيه عند الدرج آخذا
بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدرا جميعا فقالا حرمت عليك حرمت عليك ولنا قوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان
رواه ابو داود والترمذي وابن ماجة والدارقطني عن عائشة ترفعه وهو الراجح الثابت بخلاف ما رواه وما مهد من معنى المقابلة لانه فرع
صحة الحديث او حسنه ولا وجود له حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق يعرف وقال الحافظ ابو الفرج بن الجوزي موقوف على ابن عباس رضي الله عنه
وقيل من كلام زيد بن ثابت وحديث الموطأ موقوف عليه على عثمان وهو لا يرى تقليد الصحابي رضي الله عنه والالزام انما يكون بعد الاستدلال لان حقيقة نقض
مذهب الخصم بالاعتقاد الملزم صحيحا ولا يكون نقض مذهب خصمه فقط ليوجب صحة مذهب نفسه الا بطريق عدم القائل بالفصل وهذا لا يكون الا

ولان حل العلية نعمة وحقها والرق شرق تنصيف النعم لا ان العقدة لا تتجزى فتكامل عقدتان وتاويل ما روى ان الاماء
باوجاع وتزويج العبد امرأة باذن مولاه وطلقها او فسخ طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته لانه تملك النكاح حق العبد فيملكون استفاد الله تعالى

باب ايقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق رجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في
الطلاق لا تستعمل في غيره فكان صريحا

اذا كان الفتح مما يعتقده صحيحا وهو منتف عنده في مذهب الصحابي فهو في معتقده غير منقوض فلم يثبت لمذهبه دليل يقاوم ما رويناه فان قلت
قد منتف ايضا ما رويتم بابن رواية مضاهر ولم يعرف له سوى هذا الحديث قلنا اولا التضعيف بعضهم ليس كعدمه بالكلية كما هو فيما رويتم
وثانيا بان ذلك التضعيف ضعيف فان ابن عدي اخرج له حديثا آخر عن القبري عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ عشر آيات في كل ليلة
من آخر آل عمران وكذا رواه الطبراني ثم منهم من ضعفه عن ابي عاصم النبيل فقط ومنهم من نقل عن ابن معين وابي حاتم والبخاري تضعيفه لكن قد وثقه
ابن حبان واخرج الحاكم حديثه هذا عنه عن القاسم عن ابن عباس مرفوعا ومظاهر شيخ من اهل البصرة ولم يذكره احد من متقدمي مشائخنا يخرج فاذن
ان لم يكن الحديث صحيحا كان حسنا وما يصح الحديث ايضا على العلماء على وفقه قال الترمذي عقيب رواية حديث غريب والعمل عليه عند اهل العلم من اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم على سنة المسلمين وقال مالك رحمه الله هذا الحديث بالمدينة يفتى عن صحة سنده انتهى والله اعلم
قوله ولان حل الجارية نعمة تتزيد بزيادته لذا اتسع فيه صلى الله عليه وسلم عند زيادة فضله والرق اثر في تنصيف النعمة في الشرع كما عرف الا
ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان يعني يلزم لتنصيف النعمة ان يتزوجها مرة ونصفا عقيب طلاقه اياها لكن العقدة لا تتجزى فكملت
كالطلقة والحيضة في حقها ثم لو تم امر ما رواه كان المراد به ان قيام الطلاق بالرجال لانها لو كان احتمالا للفظ مساويا لنايده بما رويناه فكيف وهو
المتبادر الى الفهم من ذلك اللفظ كما هو في قولهم الملك بالرجال **قوله** واذا تزوج العبد امرأة وقع عليها طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته
لان ملك النكاح يثبت للعبد لان ملكه من خصائص الآدمية وهو فيما سبق على اصل الحرية الا ان يحتاج في ابتداء تملكه اياه الى اذن المولى لانه
لم يشرع بالمال في حق الابتداء والبقاء في حق النفقة وتعلق الدين بالعبد يقع متعلقا برقبته بحيث يؤخذ بها فيه وفي ذلك ضرر بالمولى فيتوقف على
رضاه به والتزامه اياه فاذا التزمه حتى ثبت له الملك كان اليه فعوده الى غيره في سنن ابن ماجة من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس رضي الله عنه جاء النبي صلى الله عليه وسلم
رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني امته وهو يريد ان يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا ايها الناس ما بال احدكم يزوج
عبده من امته ثم يريد ان يفرق بينهما انما الطلاق لمن اخذ بالساق رواه الدارقطني ايضا من غير ما واحد والله اعلم **فرع** الوكيل بالطلاق اذا لم يكن
بمال لا ينعزل بطلاق الموكل سواء طلقها الموكل بائنا او رجعيا فللوكيل ان يطلقها بعد ذلك ما دامت في العدة واذا انقضت عدتها ينعزل حتى لو تزوجها
الموكل بعد العدة لا يقع طلاق الوكيل بخلاف ما لو تزوجها قبل انقضاء العدة فيما اذا كان الطلاق بائنا فانه لو طلقها الوكيل وقع عليها والله اعلم بالصواب

باب ايقاع الطلاق ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه واقسامه الاولية السني والبدعي واعطاء بعض احكام
تلك الكليات وهذا الباب لبيان احكام جزئيات تلك الكليات فان المورد فيه خصوص الفاظ كانت طالق ومطلقة وطلاق لاعطاء احكامها كذا
او مضافة الى بعض المرأة واعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي فنزل منزلة تفصيل بعضه اجمالا فظهر ان المراد باب بيان احكام باب الايقاع والوقوع
لا ان اراد المعنى المصدري الذي لا تحقق له خارجا **قوله** فالصريح قوله انت طالق الى آخره ظاهر الحال يفيد ان لا صريح سوى ذلك ليس كذلك فسيذكر منه
التطليق بالمصدر ولفظ الكنز كانت طالق ومطلقة وطلقتك احسن لاشتمال الكاف بعدم الحصر على هذا لا يصح ضبط الصريح بانه ما اجتمع فيه
طلاق بصيغة التفعيل لا الافعال الا ان يقال الوقوع بالمصدر لتناوله بطلاق **قوله** فكان صريحا فان ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر
حقيقة او مجازا صريح فان لم يستعمل في غيره فاولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الالفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون

وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال

غيره الا ان في قوله في تعليل عدم افتقارها الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لان الموصوف بالغلبة هنا هو وصفه بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص وزاد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا فلنا المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لاستعمالهما شرعا مرادا بهما قوله وانه يعقب الرجعة ذكر للصريح حكمين كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه الى نية اما الاول فمقيد بما اذا لم يعرض عارض تسمية مال او ذكر وصف على ما سياتي وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة الى القيد واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله والمطلقات يتربصن فعلم ان الصريح يستعقبها للاجماع على ان المراد بالبعولة في الآية الكبرى المطلقون صريحا حقيقة كان او مجازا غير متوقف على اثبات كون المطلق رجعيا بعلاحقيقته فلا حاجة الى اثباته في ذلك واما قولهم سماه بعلا فعلم ان الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ثم ايراد ان حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا الا مجازا وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو باول من قلبه ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك بل يقال ايضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تاثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبائع فان معناه رد المبيع عن ان يخرج عن ملكه عند مضي المدة بفسخ السبب في الحال وذلك لانه لم يخرج عن ملكه كما يقال متعلقا به تاثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب يعني الى قديم الملك الزائل فانما يحتاج اليه لاثبات بحث اخر على ان كونه في الاول حقيقة مما يمنعه الخصم ويدل عليه ايضا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان فانه اعقبه الرجعة التي هي المراد بالامساك وهو الانسب بقول المصنف وانه يعقب الرجعة بالنص وذلك لان الامساك استدامة القائم لا اعادة الزائل يدل على ايقاع النكاح بعد الرجعي وهو المطلوب لا آخر واما الثاني وهو كونه لا يفتقر الى النية فنقل فيه اجماع الفقهاء الا داود لانه لا يمنع ان يراد به الطلاق من غير قيد النكاح قلنا احتمال الغرب اخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى وحديث ابن عمر حيث امره بالمراجعة ولم يسأله النوي ام لا يدل على ذلك فان ترك الاستفصال في وقائع الاحوال كالعموم في المقال ولا يخفى ان قرائن ارادة الايقاع قائمة فيما فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ودلالة اطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان ونحوه على اعتبار عدم النية البعد ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه اذا لم ينو شيئا اصلا يقع لا انه يقع وان نوى شيئا آخر لما ذكر انه اذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء وكذا عن العمل في رواية كما سيذكر ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما لمعناه او النسبة الى الغاية كما يفيده فرع هي انه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول انت طالق ولا ينوي لا تطلق وفي معلم يكتب ناقلا من كتاب حل قال ثم توقف وكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة باللفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه ولو قال لقوم نقلت ذكرا بالفارسية فقولوه معي فقال زن من اينه طلاق فقالوه لم يحكم بالحرمة عليهم وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيئا آخر كذا نقل من فتاوى المنصوري وفي الخلاصة لو لقنت المرأة زوجت نفسي من فلان بالعربية ولم تعرف معناه وقبلت بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه او لا يعلمون صح النكاح كالطلاق وقيل لا كالبيع يقتضي عدم الخلاف في الوقوع في مسئلة الذكر وفيها في الجنس الاول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق الهازل وطلاق الرجل الذي اراد ان يتكلم فسبق لسانه بالطلاق وقع وفي النسفي فقال ابو حنيفة رح لا يجوز الغلط في الطلاق وهو ما اذا اراد ان يقول اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين وقال ابو يوسف رح لا يجوز الغلط فيهما وفي الزيادة ايضا قالت لزوجها اقرأ على عندي انت طالق ثلثا فقبل طلقت ثلثا في القضاء لما في فيما بينه

فتح [illegible] وكذا الفتوى لا بادة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهو غير مقيد بالعمل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء

وبين الله تعالى اذا لم يعلم الزوج ولم يخرج هذا الوفاق ما في المنصوري ويخالف مقتضى ما ذكره آنفا من مسئلة التلقين بالعربية والذي يظهر من الشرع ان لا يقع بالقصد لفظ الطلاق عند الله وقوله فيمن سبق لسانه واقع اي في القضاء وقد يشير اليه قوله ولو كان بالوثاق يدين بخلاف الهازل لانه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ وسنذكر في انت طالق اذا نوى به الطلاق من الوثاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع انه اصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج الى النية لان المعنى لا يحتاج الى النية يعني اللفظ بعد القصد الى اللفظ والحاصل انه اذا قصد السبب عالما بانه سبب رتب الشرع حكمه عليه اراده او لم يرده الا ان اراد ما يحتمله واما انه اذا لم يقصده او لم يدر ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فمما ينبو عنه قواعد الشرع وقد قال تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم وفسر بما يمين ان يحلف على امر يظنه كما قال مع انه قاصد لسبب عالم بحكمه فالغاه لغلطه في ظن المحلوف عليه والآخر ان يجري على لسانه بلا قصد الى اليمين كلا والله فلا والله فرفع حكمه الدنيوي من الكفارة لعدم قصده اليه فهذا التشريع لعباده وان لا يرتبوا الاحكام على الاشياء التي لم تقصد وكيف لا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه فانما الاصبقة غير العليم وهو القاضي في الحادث معزوا الى الجامع الاصغر ان اسدا سئل عمن اراد ان يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على انها يقع الطلاق فقال في القضاء تطلق التي سماها وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما اما التي سماها فلانه لم يردها واما غيرها فلانها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح واما ما روي عنها نصيص من ان من اراد ان يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه **قوله** كذا اذا نوى الاباية اي بالصريح يقع رجعيا وبالخوتية لانه قصد باللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة عند وجوده بقوله تعالى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن فامسكوهن بمعروف او سرحوهن بمعروف والاجماع على ذلك فيرد عليه لانه اذا استعجل ما اخره الشرع رد كما ورث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه **قوله** ولو نوى الطلاق اي بقوله انت طالق عن وثاق لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر الا ان يكون مكرها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه لا يحتمله لان الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتملا للفظ وعن ابي حنيفة رحمه الله يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص فكانه قال انت متخلصة عن العمل ولو صرح فقال طالق من هذا العمل صدق ديانة لا قضاء على الاول لانه يظن انه طلق ثم وصل لفظ العمل استدراكا بخلاف ما لو وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لانه يستعمل فيه قليلا وكل ما يدين فيه القاضي اذا سمعته منه المرأة او شهد به عندها عدل لا يسعها ان تدينه لانها كالقاضي لا تعرف منه الا الظاهر **قوله** ولو قال انت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها اي لفظة مطلقة غير مستعملة فيه اي في الطلاق بالمعنى الشرعي عرفا بل في الانطلاق عن القيد الحسي فلم يكن صريحا فيتوقف على النية **فرع** ولو قال لها يا مطلقة بالتشديد او يا طالق وقع ولو قال اردت الشتم لم يصدق لان لنداء استحضار بالوصف الذي تضمنه اللفظ اذا كان يمكنه اثباته بذلك اللفظ بخلاف يا ابنة لعبده ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال اردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية ابي سليمان وهو حسن وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقا ثم نادى بانها لا تطلق وقد روى وكيع عن ابن ابي ليلى عن الحكم بن عيينة عن خثيمة بن عبد الرحمن ان امرأة قالت لزوجها سمني فسماها الطيبة فقالت ما قلت شيئا فقال ما اسمك فقالت سمني خلية طالق قال فانت خلية طالق فجاءت عمر رضي الله عنه فقالت ان زوجي طلقني فجاء زوجها فقص القصة فاوجع عمر راسها وقال تضعين يدك على راس امرأة مسلمة وهو كاذب كان طلاقا في القضاء ولو قال فلانة طالق ولم يسمها او نسبها الى ابيها او اخيها او ولدها او امرأته بذلك الاسم والنسب

الاسباب

لا يكون طلاقا الا بالنية لانه غير مستعمل فيه عرفا فلم يكن صريحا

فقال عنيت اخرى اجنبية لا يصدق في القضاء بخلاف الاقرار لفلان بن فلان اذا ادعى من ذلك اسمه ونسبه لا يلزمه الا ما اقر به ويحلف ما له عليه هذا المال لا اهو فلان بن فلان ولو قال يا امرأة التي عنيت امرأتي وصدقته في ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق في ابطال الطلاق عن المعروفة الا ان يشهد الشهود على نكاحها قبل ان يتكلم بالطلاق او على اقراره بها قبل ذلك او تصدقه المرأة المعروفة كذا في الكافي للحاكم ولو قال لامرأتي فلانة عنيت فلان طالق وسماها بغير اسمها لا تطلق امرأته الا بالنية وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال ان خرجت من البلدة قبل ان اقضيك فامرأتي فلانة طالق واسم امرأته غيرها لا تطلق اذا خرج قبله ولو قال لاحدى نسائه يا زينب فاجابته زوجته عمرة فقال انت طالق طلقت المجيبة هو الاصل ان زينب طلقت هذه بالاشارة وتلك بالاقرار هذا في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فانما يقع على التي قصدها ذكره في البدائع ولو قال انت زينب فقالت عمرة نعم فقال اذن انت طالق لا تطلق وحرم ولو قال عليك الطلاق او لك اعتبرت النية ولو قال قولي انا طالق لا تطلق حتى يقولها ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح احداهما فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت التي نكاحها فاسد لا يصدق في القضاء وكذا لو قال احدكما او احدى امرأتي طالق ويقع بالتي نكاحها فاسد وكذا لو قيل له طلقتها فقال نعم او اذا نوى صرح بقيد النية في البدائع ولا يقع بالطلاق الا اذا تكلم في الحال ولو قالت انا طالق فقال نعم طلقت ولو قال في جواب طلقني لا تطلق وان نوى ولو قيل له الست طلقتها فقال بلى طلقت او نعم لا تطلق والذي ينبغي عدم الفرق فان اهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منهما ايجاب المنفي ولو قال خذي طلاقك فقالت اخذت اختلف في اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ويقع بطلاقك اسد طلقها في النوازل مرة ثم اعاد ما وشرط النية وهو الحق واما المصحف فهو خمسة الفاظ طلاق وتلاع وطلاغ وطلاك وتلاك ويقع به في القضاء ولا يصدق الا اذا اشهد على ذلك قبل التكلم بان قال امرأتي تطلب مني الطلاق وانا لا اطلق فاقول هذا ويصدق ديانة وكان ابن الفضل يفرق اولا بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني ثم رجع الى هذا وعليه الفتوى ولو قال لنساء اهل الدنيا او لنسوة طوالق وهو من اهل الرى لا تطلق امرأته الا ان نوى وان كان رواه هشام عن ابي يوسف رح وعليه الفتوى وعن محمد رح روايتان ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الاصح وفي نساء اهل السكة او الدار وهو من اهلها ونساء هذا البيت وهي فيه تطلق ونساء اهل القرية منهم من الحقها بالدار ومنهم من الحقها بالمصر ولو قال طلاقك علي لا يقع ولو زاد فرض او واجب او لازم او ثابت قيل تطلق رجعية نوى او لا وقيل لا يقع وان نوى وقيل في قول ابي حنيفة رح يقع وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم وقيل في قول ابي يوسف رح يرجع في ذلك كله الى نيته وقيل يقع في واجب للتعارف وفي الثلاثة لا يقع وان نوى لعدم التعارف وفي الفتاوى الكبرى للخاصي المختار انه يقع في الكل لان الطلاق لا يكون واجبا او ثابتا بل حكمه وحكمه لا يجب ولا يثبت الا بعد الوقوع وفرق بينه وبين العتاق وهذا يفيد ان صيرورته اقتضاء ولا يتوقف على نيته الا ان يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى ان قصده وقع والا لا فانه قد يقال هذا الامر علي واجب بمعنى ينبغي ان افعله لا اني فعلته فكانه قال ينبغي ان طلقك وقد تعورف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمني لا افعل كذا يريد ان فعلته لزم الطلاق ووقع فيجب ان يجري عليهم لانه صار بمنزلة قوله ان فعلت فانت طالق وكذا تعارف اهل الاردن الحلف بقوله علي الطلاق لا افعل ولو قال طال بلا قاف يقع قيل لانه ترخيم وهو غلط اذ الترخيم اختياري في الندا وفي غيره انما يقع اضطرارا في الشعر ولو قال انت ثلاث وقعت ثلاث ان نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال لم اتو لا يصدق اذا كان في حال مذاكرة الطلاق لانه لا يحتمل الرد والا صدق ومثله بالفارسية تو بسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصفار ولو قال انت طالق من فلانة وفلانة مطلقة او غير مطلقة فان عنى به الطلاق وقع والا فلا لانه نوى ما يحتمله لفظه والمعنى عند عدم كونها مطلقة لاجل فلانة لان افعل التفضيل ليس صريحا وهذا بخلاف ما اذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته

قوله ولا يقع به الا واحدة وان نوى الثلث وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطلاق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يعم قران العدد به فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للثنتين طالقان وللثلث طوالق ولا يحتمل العدد لانه ضده وذكر الطلاق ذكر الطلاق وهو صفة المرأة لا الطلاق هو تطليق والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اي اعطاء جزيلا ولو قال انت الطلاق وانت طالق الطلاق وانت طالق طلاقا فان لم تكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث

فقال لماذا لكن فانه يقع وان لم ينو وكذا لو قال انت ازني من فرنه لا يحد لانه ليس صريحا في القذف وعن محمد رحمه الله فيمن قال لامرأته كوني طالقا او اطلقي يقع لان قوله كوني ليس امرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن اثبات كونها طالقا كقوله تعالى كن فيكون ليس امرا بل كناية عن التكوين كقولنا طالقا يقتضي ايقاعا قبل فيقتضي ايقاعا سابقا وكذا قوله اطلقي ومثله الامة كوني حرة قوله ولا يقع به اي بالصريح المقيد بالفاظ المتقدمة انت طالق مطلقة طلقتك الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك لان الصريح مطلقا لا يحتمله المصدر وبه يقع الثلث بالنية وقال الشافعي يقع ما نوى وهو قول الائمة الثلثة وزفر وقول ابي حنيفة رحمه الله الاول ثم رجع عنه وجه قول الجمهور انه نوى محتمل لفظه فان ذكر الطلاق ذكر الطلاق لان الوصف كالفعل جزء مفهوم المصدر وهو محتمله اتفاقا ولهذا اي ولان ذكره ذكر الطلاق المحتمل للتطليق والكثير صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز وحاصل التمييز ليس الا تعيين احد محتملات اللفظ ويدل عليه حديث ركانة انه اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال طلقت امرأتي البتة قال صلى الله عليه وسلم والله ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه وايضا اذا صح نية الثلث بقوله انت بائن وهو كناية فعلى الصريح الاقوى اولى قوله ولنا انه نعت فرد قيل غير مستقيم لان الكلام ليس في المرأة الموصوفة انها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للثنتين طالقان وللثلث طوالق بل في المعنى المصدري الذي تضمنه وجه لا يمنع احتمال العدد بخصوصه وتحرير التقرير ان انت طالق اذا اريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهي مقيدة به فصدقه متوقف على التطليق والمتيقن ان الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام فاما ان يكون اثبته اقتضاء لصحة الاخبار فلا يتجاوز الواحدة اذ الضرورة تندفع بها والمقتضى لا عموم له لذلك او نقله من الاخبار الى الانشاء وهو خلاف الاصل لا يصار اليه الا بموجب نقل وهو منتف لان جعله موقعا لا يستلزم نقله لان باثباته اقتضاء يحصل المقصود وتعين بالقطع تخلف الخبار لازم الاخبار اذ لا يفهم من انت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل بنفي ما قيل اخبار من وجه انشاء من وجه بل هو انشاء من كل وجه لما قلنا ويمكن ان يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم انه انما نقله الى انشاء ايقاع الواحدة فجعله موقعا ما شاء استعمال في غير المنقول اليه الا ان ينقل ان الشارع نقله لما هو اعم وليس فلا يراد به وملاحظة ما يصح ان يراد بالمصدر كما ذكرتم انما يتفرع عن ارادة الاستعمال اللغوي ونقله الى الانشاء بيانه لانه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة على ان المصدر الذي يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذي هو وصفها وذلك لا يتعدد اصلا بل يختلف بالكيفية وبين ايقاعه الرجعة شرعا وما لا في الكمية وح يتفق كلامهم هنا وفي البيع حيث جعل المصدر بعث انشاء حيث قال لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة وبهذا يظهر عدم صحة ارادة الثلث في مطلقة وطلقتك لانه صار انشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة وعلى هذا فالعدد نحو ثلثا لا يكون الا صفة لمصدر الوصف بل المصدر غيره اي طلاقا اي تطليقا ثلثا كما ينصب في الفعل مصدر غيره ومثل انبتكم من الارض نباتا او يضمر له فعل على الخلاف فيه بخلاف طلقتها وطلقي نفسك لان المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصح ارادته منه لانه لا نقل فيه الى ايقاع واحدة هذا ونقض لطلاق طلاقا فانه يصح لارادة الثلث على ارادة ان المنتصب هو المصدر لطلاق بدليل نقض طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ فصح ان يراد به الثلث على ارادة التطليق به مفعولا لفعل محذوف تقديره طالق لا في طلقتك تطليقا ثلثا بقي انه يرد ارادة الثلث بانت الطلاق وهو صفة المرأة والجواب انه اذا نوى الثلث كان المعنى انت وقع عليك التطليق فصح نية الثلث ونوقض بانه لم يجوز في طالق عند ارادة الثلث ان يراد انت ذات وقع عليك التطليق وجاز في المصدر وقد يدفع بانه لو اريد بالمصدر الذي في ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفاعل اسم المفعول وهو منتف فان قلت ظاهر ما ذكرت انه لو صح ان يراد اسم المفعول

ووقوع الطلاق باللفظة الثانية نحو الثالثة ظاهر لانه لو ذكر التنوين وحده يقع به الطلاق فاذا ذكره وذكر المصدر معه وانه يزيده
وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اى عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق
وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع الطلاق به ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال
فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل العموم والكثرة لانه اسم جنس فيعتبر بسائر اسماء الاجناس فتتناول الادنى مع
احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر وهو يقول ان الثنتين بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها
ضرورة ونحن نقول نية الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المرأة امة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية اما الثنتان
فى حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى التوحد مراعى فى الفاظ الواحد وذلك بالفردية والجنسية والمثنى معزل منهما

صحت ارادة الثلث والغرض ان صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا تقبل نية الثلث فكيف بما يرادفه وهو والجواب ان الذى يقابله هو اسم المفعول
المنقول للانشاء على ما التزمنا الجواب به والذى يراد بطالق ليس للانشاء فقائل ويدل على انه لا يراد بطالق الثلث حديث ابن عمر فى الصحيحين طلق امرأته
فى الحيض فلم يستفسره النبى صلى الله عليه وسلم ولو كان مما تصح ارادة الثلث منه لاستفسره ويدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد فى سنن
ابى داود انه طلق امرأته البتة فقال صلى الله عليه وسلم ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت الا واحدة الحديث فظهر انه لا يفتى حكم المحتمل حتى يستفسر
عنه وثبت لنا مطلوب آخر وهو ان الكنايات عوامل لحقائقها لا انها يراد بها الطلاق والا كان غير محتمل فلم يسئله كما لم يسئل ابن عمر فهو لكونها عوامل لحقائقها
احتملت فسئله وانما احتملت حقائقها اعنى معنى البينونة التى تفيده البتة مثلا كلا من نوعيها الغليظة المرتبة على الثلث والحقيقة المرتبة على ما دونها
فصح ان يراد كل من النوعين غيره اذا لم يكن له نية ثبت الاخف للتيقن **قوله** ووقوع الطلاق باللفظة الثانية يعنى طالق الطلاق بالثالثة هى طالق
طلاقا وما فى الكتاب ظاهر غير ان وقوع الثلاث بطالق طلاقا ان لم يكن بالمصدر وما نحو طالق فى حق الايقاع كما اذا ذكر معه العدد فان الواقع هو العدد
والا فتكل فانه يقع به واحدة ويقع بالمصدر ثنتان اخريان وهو باطل فى الحرة لما عرف وهذا يقوى لمروى عن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يقع به الا واحدة وان نوى الثلاث
ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية اذا لم ينو الا فى المنكر **قوله** اما وقوعه باللفظة الاولى وهى الطلاق فان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال
رجل عدل اى عادل فصار كقوله انت طالق ويراد انه اذا اريد به طالق يلزم ان لا تصح فيه نية الثلث وسنذكر جوابه **قوله** فلا يحتاج فيه الى النية اى
فى انت الطلاق الى نية لانه صريح فى غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية ان التطليق بالمصدر بالكناية لانه لم يغلب استعماله فيه قول المص لغلبة
الاستعمال لا يفيد لان الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر قلنا المراد ان المصدر حيث استعمل كان ارادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا
فى طالق الصريح فيثبت له حكم طالق لا يقال فيلزم فى سائر الكنايات انها صريح لانا نمنع انها مستعملة فى الطلاق بل فى معانيها الحقيقية على ما سيتحقق ولذا اوقعنا
بها البائن فان قيل فكيف يقع الثلاث وقد اريد به طالق قلنا لانه كما قلنا صريح فى طالق ويحتمل ان يراد على حذف مضاف اى ذات طلاق وعلى هذا التقدير
تصح ارادة الثلث ولما كان محتملا توقف على النية وهذا وجه انشاء الله تعالى الوجه مما قيل انه وان اريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح ارادة
الثلث به لان الارادة باللفظ ليست الا باعتبار معناه لا ذاته التى هى هو او مصغوطا فاذا فرض ان معناه الذى اريد به ليس الا ما يصلح ارادته منه
فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ويمكن ان يراد به انها عين الطلاق ادعاء وتصح معه ايضا ارادة الثلث وعليه قول الخنساء فانما هى اقبال وادبار
يعنى الناقة لا على ان المراد مقبلة مدبرة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا يصح خلافا لزفر والشافعى
الا ان تكون المرأة امة لهما ان المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث قلنا نية الثلث لم تصح باعتبار انه كثرة بل باعتبار انها فرد من حيث
انه عام جنس واحد بخلاف الثنتين فى الحرة لانه عدد محض والفاظ الواحد لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد وهو الفردية الحقيقية
والجنسية والمثنى بمعزل عنهما وقد ذكر الطحاوى انه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام الا واحدة واما المحلى فيقع به الثلاث قال الجصاص هذه التفرقة
على ما يعرف لها وجه الا على الرواية التى رويت عن ابى حنيفة رحمه الله فى انت طالق طلاقا ان تكون واحدة وان نوى ثلثا لان المصدر ذكر لتاكيد
الجملة لا لايقاع اما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق وفى المغنى لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ ان الرشيد كتب الى ابى يوسف رحمه الله
ما تقول القاضى الامام ميمن قال المرتب فان تحققى يا هند فالحق بيمن ؛ وان تخرقى يا هند فالحق بشام ؛ فانت طالق والطلاق عزيمة ثلث ؛ ومن تخرق حنث والحلم

وقال انت طالق الطلاق وقال انت طالق وطالق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها واذا اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به
عن الجملة وقع الطلاق كانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المرأة او يقول رقبتك طالق
او عنقك طالق او راسك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او وجهك كانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر
وكذا غيرها قال الله تعالى فتحرير رقبة وقال فظلت اعناقهم وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان

فقال ابو يوسف هذه مسئلة نحوية فقهية لا آمن الغلط فيها فاتى الكسائي فسئله فاجاب عنها بما سنذكره وهو بعيد كونه غلطا بعيد عن معرفته مقام الاجتهاد
فان من شرطه معرفة العربية واساليبها لان الاجتهاد يقع في الادلة السمعية العربية والذي نقله اهل التثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى من
وصلت خلاف هذا وان المرسل بها الكسائي الى محمد بن الحسن ولا دخل لابي يوسف فيه اصلا ولا للرشيد ولا لمقام ابي يوسف فيه اجل من ان يحتاج في مثل
هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففي المبسوط ذكر ابن سماعة ان الكسائي بعث الى محمد يستفتيه فيها
الى فقرائها عليه فقال ما قول قاضي القضاة الامام فيمن قال لامرأته فان ترفقي يا هند فالرفق ايمن وان تخرقي يا هند فالخرق شام فانت طلاق والطلاق عزيمة
ثلث ومن تخرق اعق والظلم شؤم فما وقع عليه فكتب في جوابه ان قال ثلث مرفوعا يقع واحدة وان قال ثلثا منصوبا يقع ثلث لانه اذا ذكره مرفوعا كان ابتداء
كلام فيبقى قوله انت طلاق فيقع واحدة واذا قال ثلثا منصوبا على معنى البدل والتفسير فيقع به ثلث كانه قال انت طالق ثلثا والطلاق عزيمة لان
الثلث تفسير الواقع فاستحسن الكسائي جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور الصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع
الثلاث والواحدة اما الرفع فلان الى في الطلاق اما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل اي المعتد به واما للعهد الذكري اي وهذا الطلاق المؤكد عزيمة
ثلث ولا يكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلث فعلى العهدية يقع الثلث وعلى الجنسية
واحدة واما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلث اذ المعنى ح فانت طالق ثلثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير في عزيمة
فلا يلزم وقوع الثلث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع ما نواه هذا ما يقتضيه اللفظ واما الذي اراده الشاعر فالثلث لانه قال بعده
فيبقى بها ان كنت غير رفيقة وما الامر بعد الثلث مقدم انتهى وتخرقي بضم الراء مضارع اخرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق والخفي
ان الظاهر في النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في ارادة ان الطلاق عزيمة اذا كان ثلثا واما الرفع فلامتناع الجنس
الحقيقي كما ذكر بقي ان يراد مجاز الجنس فيقع واحدة او العهد الذكري وهو اظهر الاحتمالين فيقع الثلث ولهذا اظهر من الشاعر انه اراد كما افاده البيت
الاخير فجواب محمد وبناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال **قوله** لو قال انت طالق الطلاق وقال اردت
بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق تقدم انه اراد بطالق طلاقا او الطلاق ثنتين لا يصح فافاد هنا انه لو اراد بهما التوزيع صح ووجهه
بقوله لان كلا منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطلاق فتقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها وهذا منقول عن ابي يوسف والفقيه ابي جعفر ومنهم
فخر الاسلام لان طالقا نعت وطلاقا مصدر فلا يقع الا واحدة وكذا في انت طالق الطلاق ويؤيده ان طلاقا نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ للتعدد
وصحة الارادة به الا بادارة لزوم صحة الاعراب في الايقاع من العالم والجاهل وظهر ان الاولى في التشبيه ان يقال فصار كقوله انت طالق طالق
طالق وطلاق وان صح الآخر من جهة المعنى **قوله** وان اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة وقع ومثل المضاف الى الجملة بقوله
انت طالق والمضاف الى ما يعبر به عن الجملة برقبتك طالق ولا يخفى ان الاضافة فيهما معا الى ما يعبر به عن الجملة من لفظ انت ورقبتك الخ والتحقيق
ان ما يعبر به عن الجملة اما بالوضع او بالتجوز وقوله لان التاء ضمير المرأة هو احد الاقوال في انت انه برمته ضمير او التاء وان عامة ون واللواحق حروف تدل
على خصوص المراد **قوله** او يقول رقبتك طالق او عنقك او روحك او بدنك او جسدك او فرجك او راسك او وجهك هذه امثلة ما يعبر به عن كل الانسان
وذكر استعمالاتها فيها واما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الفروج على السروج فغريب جدا ولعله الشيخ علاء الدين حيث استشهد بما اخرجه ابن عدي

راس القوم ووجهه العرب وهلك وجه فلان وهذا من هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك
ان طلق جزءا شائعا مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق
لانه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق او رجلك طالق يقع الطلاق عند زفر والشافعي رحمهما الله
في كل جزء مسين لا يعبر به عن جميع البدن كما انه جزء متمم بعقد النكاح وما هو لحاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق
فيثبت الحكم فيه قضية للاضافة فيسري الى الكل كما في جزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح لان التعدي متمم اذ الحرمة
في سائر الاجزاء تثبت الحل في هذا الجزء وفي الطلاق لا وعلى القلب وكذا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى ريقها او ظفرها
وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه يبقى عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح اضافة النكاح اليه
بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق

في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج ان يركبن السروج وضعفه وابن لفظ ذات الفرج من كون لفظ
الفرج يطلق على المرأة اطلاقا للبعض على الكل **قوله** راس القوم اي اكبرهم ويا وجه العرب يعني يا اوجههم وبه يندفع ما اورده الاستدلال به فاسد
لان معناه ان القوم كالجسد وفلان الراس منه لا ان فلانا يعبر به عن القوم كلهم وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب انك في العرب بمنزلة الوجه لانه
عبر به عن جملة العرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به على ان الوجه يعبر به عن الجملة الا اذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا ايها العرب
انتهى ومبنى كلامه على ان التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتألم بعضهم بتألم البعض فاثبت له الوجه
ولا يخفى انه ليس بلازم بجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالراس لشرفه على سائر الاعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته
فاطلق عليه راس القوم ووجههم اي اشرفهم وقوله تعالى كل شيء هالك الا وجهه ويبقى وجه ربك اي ذاته الكريمة واعتق راسا وراسين من
الرقيق وانا بخير ما دام راسك سالما يقال مراد به الذات ايضا **قوله** ومن هذا القبيل الدم يعني في رواية يطلق ويراد به الكل وهي رواية كتاب
الكفالة قال لو كفل بدمه يصح ورواية كتاب العتق لا يصح فانه قال اذا قال دمك حر لا يعتق وفي الخلاصة صح عدم الوقوع **قوله**
وكذلك ان طلق جزءا شائعا يعني يقع عليها كنصفها وسدسها لان الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالاجارة **قوله** ولو قال يدك
طالق او رجلك وهذا يقابل معنى الاول اي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فانه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ومنه الاصبع والدين
لا يقع الطلاق باضافته اليه خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد ولا خلاف ان بالاضافة الى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل
لا يقع والعتاق والظهار والايلاء وكل سبب من اسباب الحرمة على هذا الخلاف فلو ظاهر او آلى او اعتق اصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم وكذا
العفو عن القصاص وما كان من اسباب الحل كالنكاح لا تصح اضافته الى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف **قوله** لهما حاصله قياس
مركب نتيجته الاول انه اي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم النكاح فجعل صغرى ويضم اليها وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق
ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق وبالقياس الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع وهذا
على قول طائفة من الشافعية فانهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالاضافة الى الجزء المعين فقيل يقع عليه ثم يسري كما في العتق قال الغزالي هو ظاهر المذهب
في العتق لا في الطلاق وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ قالوا وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال ان دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت
ان قلنا بالسراية لا يقع وان قلنا بالعبارة عن الكل يقع **قوله** ولنا ان حاصله منع محليته للطلاق يمنع عليه كونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح
والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وامرها به معه الى تسليمها نفسها وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح اولا ثم يثبت الحل تبعا لحكمه والطلاق
ينبو عن رفع القيد فيكون وضعه من رفع ذلك ويرتفع الحل تبعا لرفعه كما ثبت تبعا لثبوته وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من اجزاء الموتة
لان المنع خطاب الشرع يتعلق بالاجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وان لم يكن لها يد وحل الاستمتاع بالاجزاء المعينة تبع في ذلك
بخلاف الجزء الشائع اذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ووقوعه بالاضافة الى الراس باعتبار كونه معبرا به عن الكل
لا باعتبار نفسه مقتصرا ولذا نقول لو قال الزوج عنيت الراس مقتصرا قال الحلواني لا يبعد ان يقال لا يقع لكن ينبغي ان يكون ذلك
فيما بينه وبين الله تعالى اما في القضاء اذا كان التعبير به عن الكل عرفا مشتهرا لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبتها كما اراد عرفا قالا

فلا يتعلق

بمسمى

وخالفه في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلث تطليقة كانت
طالقا تطليقة واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها انت
طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة ولو قال
انت طالق ثلثة انصاف تطليقة يقع تطليقتان لانها طالقة ونصف وتكامل وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسها فيصير ثلثا

قوله لانه لا يعبر بهما عن كل البدن اي قوبت يا كاي قوبت وغناء صلى الله عليه وسلم في قوله على اليد ما اخذت حتى تردد تعارف قوم التعبير بهما من الكل وقع
بالاضافة اليهما لان الطلاق مبني على العرف كذا الوطلق المبتلى بالقاب سيته يقع ولو تكلم به العربي ولا يدري به لا يقع ولا مناقشة في هذا
انما الخلاف في ان ايملك بتبلاك يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على حقيقته دون ضرورة عبارة عن الكل فاما على مجازه في الكل لا اشكال انه
يقع يا كان اور جلا لبد كونه مستقيما لغة او عرفا قوله واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه لا يصح لانه لا يعبر بهما عن كل البدن ولذا لو قال
ظهرك علي او بطنك كظهر امي لا يكون مظاهرا وقوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى الظهر مقحم فيه اما لو كان فيهما عرف في ارادة الكل بهما
ينبغي ان يقع ولذا لا يقع بالاضافة الى البضع وما في بعض النسخ لو قال لفضعك طالق يقع قال شمس الائمة الحلواني تصحيف انما هو لفضعك او
نصفك وفي المحاذاة استك طالق كفرجك طالق بخلاف الدبر قال شارح عندي فيه نظر لان الاست بمعنى الدبر وليس بذاك لان البضع بمعنى الفرج
ايضا ويقع في الفرج دون البضع يجوز تعارف احدهما في الكل دون الآخر والاوجه ان محل النظر كونه كفرجك طالق لما ذكرنا ان
المدار تعارف التعبير به عن الكل وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك وبذا الان حقيقة الكلام ان يقال يقع بالاضافة
الى اسم جزء يعبر به عن الكل فان نفس الجزء لا يتصور التعبير بهذا وقد يقال على المنوال كان المعتبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته
فيجب ان لا يقع بالاضافة الى الفرج او وقوع استعماله من بعض اهل اللسان فيجب ان لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في
القرآن والحديث على ما ذكرناه وايضا ظاهر الكلام ان المضاف الى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح اذا لم يشترط في الوقوع به النية
او الصراحة بغلبة الاستعمال ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك قوله وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت تطليقة وكذا الجواب في كل جزء
سماه كالثمن او قال جزء من الف جزء من تطليقة وقال نفاذا القياس لا يقع به لان بعض الشيء غيره والمشروع الطلاق لا غيره ولا يخفى
ان المراد لغيره ما ليس اياه والا فالبعض عند المتكلمين ليس نفسا ولا غيرا والجواب ان الشرع ناظر الى صون كلام العاقل عن تصرفه ما امكن ولذا اعتبر
العفو عن بعض القصاص عفوا عنه فلما لم يكن المذكور الا جزءا كان كذكر كله تصحيحا كالعفو قوله ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين
فهي طالق ثلثا لان نصف التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة وقيل ينبغي ان لا تقع الثالثة لان
في ايقاعها اشكالا لان ثلثة انصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا لان التطليقتين اذا نصفتا صارتا اربعة انصاف فثلثة منها
طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفتا التطليقتين ونصفتا كل من طلقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف
وهو احتمال في ثلثة انصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لان الظاهر هو ان نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين
قوله ولو قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل وهذا هو المنقول عن محمد وفي الجامع الصغير
واليه ذهب الناطفي والعتابي وعرف منه انه لو قال نصفي تطليقة يقع تطليقة واحدة وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير
ثلثا والثلث كالجمع اختصارا للمساطفات فكانه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ولو قيل ان المعنى نصف تطليقة ونصفها
الآخر مثله بالضرورة اذ ليس للشيء الا نصفان فيقع ثنتان اتجه ان نصفها ونصفها اجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة ونصف طلقة
يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير بخلاف نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلث لان النكرة اذا اعيدت نكرة فالثانية غير الاولى فاقع عن كل

ولو قال انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة وان قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى هي ثنتان وفي الثانية ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط

تطليقة جزء ولو زاد جزء الواحدة مثل نصف طلقة وثلثا وربعا وقعت ثنتان للزوم كون الجزء الاخير من اخرى على هذا الوقيل يقع ثلث اذا قال نصف طلقة وثلثا وسبعة اثمانها لم يبعد الا ان الاصح في اتحاد المرجع وان زادت اجزاء واحدة ان تقع واحدة لانه اضاف الاجزاء الى واحدة نص عليه في المبسوط والاول هو المختار عند جماعة من المشايخ ولو قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا اذا قال بينكن تطليقتان او ثلث او اربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا فيقع في التطليقتين على كل منها تطليقتان وفي الثلاث ثلاث ولو قال بينكن خمس تطليقات لانه طلقت كل تطليقتين وكذا ما زاد الى ثمان فان زاد الثمان فقال تسع طلقت كل ثلثا ولا يخفى الوجه وكذا لو قال اشركتكن في ثلث تطليقات فالفظ بين ولفظ الاشتراك سواء بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثالثة اشركتك فيها او قعت عليها يقع عليها تطليقتان لانه شركها في كل تطليقة وفي آخر باب الطلاق من المبسوط لو قال فلانة طالق ثلثا ثم قال اشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الاخرى ثلث بخلاف ما تقدم لان هناك لم يسبق وقوع شيء فينقسم الثلث بينهن نصفين قسمته واحدة وهنا قد اوقع الثلث على الاولى فلا يمكنه ان يرفع شيئا مما اوقع عليها باشتراك الثانية وانما يمكنه ان يسوي الثانية بها بايقاع الثلث عليها ولانه لما وقع الثلث على الاولى فكلامه في حق الثانية اشتراك في كل واحدة من الثلث فكانه قال بينكما ثلث تطليقات وهو يوجب ان كل تطليقة بينهما وقد ورد استثناء فيمن قال لزوجته انت طالق ثلثا وقال لاخرى اشركتك فيما اوقعت عليها والثالثة اشركتك فيما اوقعت عليها فبعد ان كتبنا تطلق الثلث ثلاثا قلنا ان وقوعهن على الثالثة باعتبار انه اشركها في ست وفي المبسوط ايضا لو قال لامرأتين انتما طالقان ثلثا ينوي ان الثلث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيصح فتطلق كل منهما ثنتين لانه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلثا وكذا لو قال لاربع انتن طوالق ثلثا ينوي الثلث بينهن فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلثا **قوله** انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا التفصيل عند ابي حنيفة رح وقالا في الاولى هي قوله من واحدة الى ثنتين وما بين واحدة الى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة الى ثلث وما بين واحدة الى ثلث يقع ثلاث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وتسمية الصورتين اولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول الى في الصورتين فالاولى لما كان مدخول الى ثنتين والثانية لما كان مدخولها ثلثا ثم قال المص في قول زفر رح وهو القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط واعلم ان زفر رح لا يدخل الحدين لا الاول ولا الثاني والعرف ان يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة الى وحتى لانها المنتهى فوجه ما ذكر باستعمال الغاية في الحد اي الحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الحد والمضروب له هو البيع مثلا ولا يدخل الحدان فيه فكذا في الطلاق وقد صرح بتسمية الاولى غاية في وجه ابي حنيفة رح حيث قال ثم الغاية الاولى والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الاصولي لان زفر رح انما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفيده جوابه المنقول للاصمعي حين ساله عند باب الرشيد عن قول الرجل انت طالق ما بين واحدة الى ثلث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلث لان الغاية لا تدخل تحت المغيا فالزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين الى سبعين ان يكون عمره تسع سنين فيكون ايراد مسئلة البيع ذكر محل باعمال اللفظ كالدليل السمعي بذكر محل اعماله لبين انه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها والحاصل ان ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا اصل القياس فيكون جزء الدليل ثم قد نسب الى ابي حنيفة رح ما نسب الى الاصمعي غير انه قال له

وجه قولهما استحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي درهما الى مائة ولا يعني
او الا يريد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانه يقول من ستين الى سبعين ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه
وارادة الكل فيما ضيقه طريق الاباحة كما ذكرنا والاصل في الطلاق هو الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة لترتب
عليها الغاية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه
محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو نوى الثنتين طلق واحدة في ثنتين وفي الضرب في الحساب لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر تقع ثنتان
لان الضرب في الحساب هو قول الحسن بن زياد وله ان حمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء التطليقة لا يوجب تعددها

في الالزام كم سنك فقال زفر ما بين ستين الى سبعين فقال ابو حنيفة رحمه الله سنك اذا تسع بنين وهذا بعيد ان يجيب فيما بين واحدة الى ثلث
ونحو هذا ثم يقال له كم سنك فيجيب بلفظ ما بين دون ان يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور رد الالزام ح الا وقد اعتاد جوابه فلم يكن
بحيث ينقطع على انه روي انه قال عند الزام الاصمعي استحسن في مثل هذا والذي يتبادر في وجه استحسانه ان في قول الرجل سني ما بين الستين
الى سبعين عرفا في ارادة الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا عرف في الطلاق اذ لم يتعارف التعليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره وقد قيل من
طرفه غير هذا وهو ان ما بين الحدين المذكورين اكثر من ستين فكيف تكون تسعة وهذا بناء على ان ما بين ستين وسبعين احد وستون واثنان وستون الى تسع وستين لا واحد
الى تسعة وانما يصح اذا لم يعتبر الحد الاول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا والظاهر انه خارج وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صريح
فيه والاوجه ما ذكرناه والله اعلم **قوله** وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل كقول الرجل خذ من مالي
من عشرة الى مائة وبع عبدي بما بين مائة الى الف وكل من الملح الى الحلو الى الفاء الماء والبيع بالف والكل الحلو **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله ان المراد في العرف
الاقل من الاكثر والاكثر من الاقل ولا يخفى ان المراد ان ذلك انما هو اذا كان بين الحدين تخلل لانه لا يتحقق في نحو من درهم الى درهمين ارادة
مجموع الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر ففي نحو طالق من واحدة الى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب اعمال طالق فيقع واحدة ولا يتم
بانه لا يتاتى في من واحدة الى ثنتين لانه لم يذكر الا لما يصدق عليه ولم يدع انه جار في غيره ولتعميم ضرباته لم يصدق مع عدم التخلل مع انه مسوق
لنفي قولهما يجب الاكثر والحاصل ان قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة الى قوله زفر الا انهما اطلقا فيه وابو حنيفة رحمه الله يقول انما
وقع كذلك فيما مر حيث اباحة كالمثل المذكور اما ما اصله الحظر حتى لا يباح الا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم ارادة الكل غير ان
الغاية الاولى لا بد من وجودها ليترتب عليها الطلقة الثانية في صورة ايقاعها وهي صورة من واحدة الى ثلث اذ لا ثانية بلا اولى ووجود الطلاق
حين وقوعه بخلاف الغاية الثانية وهي ثلث في هذه فانه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة اما صورة من واحدة الى ثنتين فلا حاجة الى ادخالها
لانها انما ادخلت ضرورة ايقاع الثانية بلا ثالثة وهو منتف وايقاع الواحدة ليس باعتبار ادخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان تقع بطالق وهذا كما
صح في قوله من واحدة الى واحدة انه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لا يقع عنده شيء لعدم المتخلل ووجه بانه بلغو قوله من واحدة الى واحدة لا يتناول كون الواحد
مبدأ للغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة كذا هنا يجب ان يلغو من واحدة الى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة واورد اذا قيل طالق ثانية لا يقع الا واحدة اجيب بان الثانية
لغو فيقع بانت طالق واحدة بخلاف قوله هنا من واحدة الى ثلث وهذا يستدعي وجود الامرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثالث الجواب ان ذلك في المحسوسات اما نحن فيه
من الامور المعنوية فانما يقتضي الاول واحتمال وجود الثاني عرفا ففي من الستين الى السبعين يصدق انه لم يبلغ السبعين بل منتظره
ولم يعد مخطئا في التكلم به لافادة ذلك القدر بقي ان يقال ان هذا انتقض عليهما لا ينتقض على زفر لما تقدم انه يقال من طرفه لا عرف في
الطلاق فلا يلزم ادخال الغاية الاولى لان ما بين انما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل هي من حيث هي ما بين الواحدة والثلث
فلا احتياج الى ادخالها ضرورة ايقاع الثانية في من واحدة الى ثلث ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار مدلول اجزاء لفظه
وهي لا يوجب الا دخول ما بين الحدين ولا مخلص الا بادعاء ان العرف فاذا ان مثله يراد به ذلك في اي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر **قوله** بخلاف جواب عن
قياس فرعي مسئلة من هذا الحائط الى هذا الحائط بالفرق بان التطليقة الثانية واقعة لا وجود لها الا بوقوع الاولى فوقعت ضرورة بخلاف الغاية

فان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع الى المظروف ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر ثلث لان قضيته ان يكون اربعا لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا لا اعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول

في البيع لم تدع ضرورة الى ادخالها في المعنى فبقيت الغاية خارجتين وانت علمت ان الاستدلال على الاقوال الثلثة ليس الا بقضية الافظ ومسئلة البيع اظهار ان اللفظ لم يترك ظاهره وتحقيق الفرق على قول ابي حنيفة رح ان العرف فيه ارادة الاكثر من الاقل الى آخره فاقتضى في من واحدة الى ثلث وقوعه ثنتين لانها الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فلزم وقوع الاولى بخلاف بعت من هذا الى هذا الحائط لان التعارف انما وقع في الاعداد نحو من ستين الى سبعين وما بين ستين الى سبعين ونحوه فبقي اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان وبه اندفع سؤال ان ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فان العرف اعني ان قضيته عدم وقوع الثانية **فرعان** لو قال من واحدة الى العشرة تقع ثنتان عند ابي حنيفة رح وقيل يقع ثلث لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بالف فطلقها ثلاثا وقعت الثلاث بخمسمائة ولو قال ما بين واحدة وثلث وقعت واحدة نقل عن ابي يوسف رح بخلاف ما اذا كان غاية وكذا يجب عند الكل الا ان كان فيه العرف الكائن في الغاية **قوله** ولو نوى واحدة اي في من واحدة الى ثلث اذا كان فيه عرف الغاية **قوله** لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه **قوله** ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب عما لا يعرف الحساب فهي واحدة فيما اذا لم يكن له نية اولى ان تقع واحدة وقال زفر والحسن بن زياد يقع ثنتان وهو قول مالك رح والشافعي رح وجه اذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجبه عند الحساب فلو كان مما يعرف الحساب وقصد موجبه عندهم وقع ثنتان وجها واحدا وبه قال احمد رح وعندنا يقع واحدة بكل حال وجه قول زفر ان عرفهم فيه تضعيف احد العددين بعد والآخر وقوله واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين او ثنتين في مرة وثنتين في ثنتين مرتين فكانه قال طالق اربعا فيقع الثلث فالالزام بانه لو كان كذلك لم يبق فقيرا في الدنيا لا معنى له اصلا لان ضربه درهمه مثلا في مائة الف ان كان على معنى الاخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب وان كان على الانشاء بجعله في مائة لا يمكن لانه لا تجعل بقول ذلك مائة فليس ذلك الكلام يشتري **قوله** اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب لا في زيادة العدد والطلقات التي جعل لها اجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ولا يخفى ان هذا لا معنى له بعد قولنا ان عرف الحساب في التركيب اللفظي كون احد العددين مضعفا بعد الآخر فان العرف لا يمنع والفرض انه لكلام يعرفهم واراده فصار كما لو اوقع بلغة اخرى فارسية او غيرها وهو يدريها **قوله** فان نوى واحدة وثنتين اتجه واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح ان يراد به معنى الواو ولو كانت غير مدخول بها وقعت واحدة كما لو قال لها انت طالق واحدة وثنتين وان نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت او غير مدخول بها كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين واراده معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وفي الكشاف ان المراد في جملة عبادي وقيل في اجساد عبادي ويؤيده قراءة في عبدي فهي على حقيقتها على هذا ولا يخفى ان تاويلها مع عبادي ينبو عنه وادخلي جنتي فان دخولها معهم ليس الا الى في الجنة فالاوجه ان يستشهد على ذلك بخوفه تعالى ويتجاوز عن سياقهم في اصحاب الجنة وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الاقرار بان قال له علي عشرة في عشرة واراد الضم الجميع اي مجموع الحاصل على الاصطلاح كما حكاه القاضي انه ما اراد الجميع اما لو اراد معنى الظرف لغا ولم يقع الا المذكور اولا فهي واحدة في ثنتين واحدة في ثنتين في ثنتين ثنتان اتفاقا لان الطلاق لا يصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثاني **قوله** ولو قال انت طالق من هنا الى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر بائنة لانه وصف الطلاق بالطول اورد عليه انه لو قال طالق طلقة طويلة او عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البينونة هنا بالطول اجيب باحتمال كونه يفرق بان وصفه بالطول ضرر بها

قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال في كل البلدة وكذا
لو قال انت طالق في الدار لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان وان عنى به اذا اتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء
لانه نوى الاضمار وهو خلاف الظاهر ولو قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخلها لانه علقه بالدخول ولو قال
في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقارنة بين الشرط والظرف فيحمل عليه عند تعذر الظرفية **فصل** في اضافة الطلاق الى الزمان

فيقع به الرجعي وكناية فيقع به البائن لان الاثبات بطريق الكناية ابلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لانه ابلغ من جواد ولانه اثبات الجود له
بنيته اعني كثرة الرماد وانه تعليل على مذهبنا الزاما كانه قال لما قال من هنا الى الشام فقد وصفه بالطول ولو وصفه بالطول صريحا بان قال طالق
طويلة تقع بائنة عندكم فكذا الكناية بل اولى لما قلنا وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس
على صاحب النصاب اذا دفعه الى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكوة مع ان الزكوة لا تسقط عنده اذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك الا ان
عنه في المسألة روايتين كما جوزه في الكافي لان بعض المشايخ قال في دليله لانه وصفه بالطول ولو قال انت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا
ولان قوله من هنا الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز ان لا تحصل البينونة عنده باحدهما وتحصل بالوصف بهما لانه يفيد العظم فكانه قال كالجبل
لكن يقتضي هذا ان لا يقتصر على قوله لانه وصفها بالطول بل يقول بالطول والعرض **قوله** قلنا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا
وفي السموات ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعي وطوله بالبائن ولانه لم يصفها بعظم ولا كربل مد بها الى مكان وهو لا يحتمل فكذلك
اصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة وقال التمرتاشي انه انما ملك المرأة لا الطلاق ووجهه انه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب الا الضمير
في طالق **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة طلقت في الحال وكذا في الدار وان لم يكن في مكة ولا الدار وكذا في الظل والشمس والثوب
كالمكان ولو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة وان قال غيبت اذا لبست واذا مرضت دين
فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه كما اذا قصد بقوله بمكة او في مكة اذا دخلت مكة فانه يتعلق بالدخول لانه لا قضاء
قوله لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان المعنى ان الطلاق لا يتصور ان يتعلق بمكان بعينه دون غيره لان الطلاق والمعنى به رفع القيد
الشرعي معدوم في الحال وقد جعل الشارع لمن له التخلص التخلص لقصده تعالى سببا لذلك ان يعلق وجوده بوجود امر معلوم حتى اذا وجد
حكم سبحانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعا شرعيا لا لزوما عقليا والزمان والافعال هم الصالحان لذلك لان كلا منهما معدوم في الحال ثم يوجد او
قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فانه لا يتصور الاناطة به ولو اناط به قبل وجوده فالمناط
انما هو وجوده او فعل الفاعل له فكان الصالح للتعليق وجود المعنى به الزمان والافعال ثم الزمان في الاضافة والتعليق يكون مستقبلا
اما الحال فانما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق لا المعلق واما اضافة الى ماض خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير انت طالق فيقع به في
الحال وانما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب ان يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لان الفعل لا يمكن ان
يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له وانما يصح ذلك في اثره الشرعي لان حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده وهذا ممكن اعتباره
شرعا فجعلنا المعلق رفع القيد لا فعل التطليق والله سبحانه وتعالى اعلم **قوله** ولو قال في دخولك الدار او مكة تعلق بالفعل اي بالدخول كما
لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لاداة الشرط لمقارنة بين معنى الشرط والظرف من حيث ان المظروف لا يوجد بدون الظرف
كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه اعني الظرف وكذا اذا قال في لبسك او في ذهابك وقد بينا وجه صلاحية الفعل
لذلك ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلا اختياريا او غيره حتى لو قال في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي
فصل في اضافة الطلاق الى الزمان ذكر في باب ايقاع الطلاق فصولا متعددة باعتبار تنوع الايقاع اي ما به الايقاع على ما قدمنا الى مضاف وموصوف

ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع الفجر لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به آخر النهار صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو محتمله وكان مخالفا للظاهر ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يتخير باول الوقتين الذي نفوه به فيقع في الاول في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا او التنجيز لا يحتمل الاضافة ولو قال غدا كان اضافة والمضاف كالمنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

ومشية وغيره معلق بمدخول بها وغير مدخول بها وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى بابا كما ان الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم المدون فانه صنف عال والعلم مطلقا بمعنى الادراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع والعلوم المدونة تكون فنية كالفقه وقطعية كالكلام والحساب والهندسة فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجد ما يترتب على العلم باحوال شتى او اشياء من جهة خاصة وضعه ليبحث عن احواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفا وقيل لواضع صنف العلم اي جعله صنفا فالواضع للعلم اولى باسم المصنف من المولفين وان صح ايضا فيهم وعلم بما ذكرنا انها تباين متدرجة تحت صنف على التباين العوارض المقيد بكل منها النوع وان ما ذكر من نحو كتاب الحوالة الاليق به خلاف تسميته بكتاب **قوله** ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد لان جميعه هو المسمى بالغد ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى سبحانه لا في القضاء لانه خلاف الظاهر وقوله لانه نوى التخصيص في العموم تنزيل للاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة في الاثبات فتخص فليس من صيغ العموم **قوله** ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يقع في اول الوقتين نفوه به اما الاول فلانه تنجيز فلا يرجع متاخرا الى وقت في المستقبل واورد عليه انه لا يعتبر الاضافة اخرى بالاضافة عين ما تنجز والجواب ان اعتبار كلامه ايقاعا للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة اخرى تجب لمراعاتها ووقوع اخرى فانها اذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك حتى لو كانت بالعطف بان قال انت طالق اليوم وغدا او اول النهار وآخره لا يقع الا واحدة لانها طالق في الغد وآخر النهار لطلاقها في اليوم واول النهار وقد طولب بالفرق بين هذه وبين قوله انت طالق اليوم اذا جاء غد فانها لا تطلق الا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال غير الاول بالاخر فلم يتوقف باتصال الاضافة كما توقف باتصال الشرط وكلاهما غير للتنجيز فظهر انه مضاف لا انه طلاق آخر وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بان ذكر الشرط يبين انه قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع ونحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر وكذا يسقط الجواب بان طالق اليوم ايقاع في الحال واذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار احدهما للتنافي واعتبار المعلق اولى لان في اعتباره الغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم في اعتبار المنجز الغاء كلمات وهي قوله اذا جاء غد لانه لم يقع الفرق في الجوابين بانه توقف فلم يكن تنجيزا مع اتصال الغير الشرطي ولم يتوقف فكان تنجيزا مع اتصال الغير الاضافي فان قيل لم لم يجعل الثاني ناسخا اجيب بان النسخ فرع ثبوت الاول وتقرره وتقرر الطلاق الاول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك تاخيره واما الثاني وهو قوله طالق غدا اليوم فلانه وقع مستقيما مضافا وبعد ما صح مضافا الى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطليقة اخرى وانما وصفها بتطليقة واحدة لانها لزمت اضافتها الى الغد فلزم الغاء اللفظ الثاني ضرورة ولا يمكن جعله ناسخا للاول لان النسخ انما يكون بكلام مبتدا في نفسه متراخ وهو منتف هنا فان قلت فما وجه المسئلة اذا وسطت الواو فالجواب انه اذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق اول النهار وآخره او اليوم وغدا او في ليلك ونهارك وهو في الليل او قلبه وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة الى الاخرى لانها بطلاقها في اول الوقتين تكون طالقا في آخرهما ولو نوى ان يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلا نية فان نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة ايام وقعن كذلك وان قدم المتاخر كطالق غدا واليوم او في نهارك وليلك وهو في الليل او قلبه وهو في النهار فعن زفر رح كذلك يقع واحدة وعندنا يقع ثنتان لان الاول وقع مضافا صحيحا والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقديرا في الاولى بعد ما صار الحاصل انت طالق

ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رح وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بينا ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رح انه نوى حقيقة كلامه لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم المزاحم فاذا عين آخر النهار كان التعيين اخصه اولى لاعتبار من الضروري بخلاف قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد نظيره اذا قال والله لا صمت من عمري ونظيره الاول والله لا صمت في عمري على هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء كانه اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل ان اخلق ولان يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح اي عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء والانشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة

غدا او انت طالق اليوم وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر رح فيما لو قال انت طالق كل يوم فعند زفر رح يقع ثلث في ثلث ايام لانه موقع في كل يوم قلنا اللازم وهو كونها طالقا في كل يوم يحصل بايقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ولا يخفى ان نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غدا واليوم تقع واحدة مشكل لان كل يوم اما ان يتعين اليوم وغدا وبعد غدا الى اخر الزمان فتقع واحدة او قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك وكذا لو قال انت طالق ابدا لم تطلق الا واحدة فلو نوى ان تطلق كل يوم تطليقة اخرى صحت نيته وفي هذه المسئلة ما قدمنا من البحث اول كتاب الطلاق في مسئلة انت طالق للسنة وحاصل ما يقع به جواب ما قدمنا وان صحة نية الثلث اما باعتبار اضمار التطليق كانه قال طالق كل يوم تطليقة او باضمار في كانه قال في كل يوم ولو قال في كل يوم طلقت ثلثا في كل يوم واحدة وهو باقاس عليه فرده وفرقوا بان في للظرف والزمان انما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد الواقع بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع **قوله** ولو قال انت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند ابي حنيفة رح وقالا لا يصدق في القضاء خاصة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لهما انه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نيته آخره ولهذا اي ولانه لما وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في اول جزء منه اتفاقا عند عدم النية وهذا وهو كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد وضرورته بمنزلة غدا لان حذف لفظة في مع ارادتها واثباتها سواء فاذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي اثباته كذلك ولابي حنيفة رح ان ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها اعم من كونه متصلا بجزء آخر او كله او لا وانما يعرف خصوص احدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وكلمت في يوم يعرف عدمه لا مدلولا اللفظ فاذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لان ذلك الجزء من افراد المتواطئ بخلاف ما اذا لم يذكر وصل الفعل اليه بنفسه فان المفاد عمومه للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخا وبعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمري في عمري ففيه جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء **قوله** ولو قال انت طالق امس او في الشهر الذي خرج وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء باجماع الفقهاء لانه اسند الطلاق الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان حاصله انكار الطلاق فيلغو فكان كقوله انت طالق قبل ان اخلق ولانه متى تعذر تصحيحه انشاء امكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح اي طالق امس عن قيد النكاح اذ لم تنكح بعد او عن طلاق زوج كان لها ان كان بخلاف ما لو قال للمنكوحة انت طالق انت طالق حيث يقع ثنتان لان الظاهر في التركيب لفظ الايقاع والانشاء فلا يعدل عنه الا لتعذره والصارف عنه الى محتمله وهو عدم صحة الانشاء منتف لبقاء المحلية بعد المطلقة الاولى اما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقوله طالقة من المشائخ او لبقائه متوقفا الى انقضاء العدة كقول المحققين ويشهد لهم انه اذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية اخرى لا يقال فذلك لقيام العدة لعود القيد لانه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها بخلاف ما لو قال لامرأتيه احداكما طالق احداكما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الاخبار ثانيا او التاكيد الا ان يقصد التجديد لان لا يقع على المنكر ليس غالبا ولا الداعي الى تكثير المطلقات من اللجاج والغضب بحيث لا يقنع الزوج بواحدة موجودا فيه لان تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة ولو كان تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا لكذبه وعدم قدرته على الاسناد فكان انشاء في الحال فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتاخرين من مشائخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متاخري الشافعية وهي ان طلقتك فانت طالق قبله ثلثا وحكم اكثرهم انها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز صرفع المعلق قبله ثلثا ووقوع الثلث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فنقول ايضا ان هذا التغيير بحكم اللغة لان الاجزية تنزل بعد الشرط او معه لا قبله وبحكم العقل ايضا لان مدخول اداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه

ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم تقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كاذا لم اطلقك ثلاثا صبرا وتاليه ويصح اخبارا على ما ذكرنا ولو قال انت طالق ما لم اطلقك ومتى لم اطلقك او متى ما اطلقك او سكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال عن المطلق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما للوقت قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق لم اطلقك لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا بالياس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى واذا الشمس كورت وقال تعالى فاذا نقر في الناقور شعر واذا تكون كريهة ادعى لها وادا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ما ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام من المجلس كما في قوله متى شئت

ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا لتبينه فيبقى الطلاق جزاء الشرط غير مقيد بقبل القبلية ولحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي الى رفعها فيتفرع في المسألة المذكورة وقوع ثلث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة او ثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف اهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فانت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك **قوله** ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كقوله طلقتك وانا صبي او نائم او مجنون وكان جنونه معهودا فان لم يكن معهودا طلقت للحال لانه اقر بطلاقها واسنده الى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الاضافة او يصح اخبارا على ما ذكرناه من كونه اخبارا عن عدم النكاح او طلاق زوج متقدم **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك ومتى لم اطلقك او متى لم اطلقك وسكت طلقت باتفاق العلماء لان متى ظرف زمان وكذا ما تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان قال تعالى قصا لكلام عيسى عليه السلام واوصاني بالصلوة والزكوة ما دمت حيا اي مدة دوامي حيا فصار حاصل المعنى اضافة طلاقها الى زمان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف اليه فيقع فلو قال موصولا انت طالق بر حتى لو قال متى لم اطلقك فانت طالق ثلاثا ثم وصل قوله انت طالق قال اصحابنا بر ووقعت واحدة وقال زفر ثلث ولو قال انت طالق كلما لم اطلقك وسكت وقعت الثلث متتابعا لانها تقتضي عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فان لم يكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط ولو قال حين لم اطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت وكذا زمان لم اطلقك وحيث لم اطلقك ويوم لم اطلقك وان قال زمان لا اطلقك او حين لا اطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة اشهر لان لم تقلب المضارع الى معنى النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وكلمة لا للاستقبال غالبا فان لم يكن له نية لا يقع في الحال وانما يراد بحين ستة اشهر لانه اوسط استعماله اذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون وستة اشهر نحو قوله سبحانه وتعالى توتي اكلها كل حين وباربعون سنة كما في قوله عز ذكره حين من الدهر والزمان كالحين لانها سواء في الاستعمال **قوله** ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم تطلق حتى يموت باتفاق الفقهاء لان الشرط ان لا يطلقها وذلك لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة لانه متى طلقها في عمره لم يصدق انه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو انه طلقها واليأس يكون في آخر جزء من اجزاء حيوته ولم يقرره المتقدمون بل قالوا تطلق قبيل موته فان كانت مدخولا بها ورثته بحكم الفرار والا لا ترثه وقوله وهو الشرط يعني العدم وقوله ما في ان لم آت البصرة اعطاء نظير والمراد ان كل شرط بان منافيا حكمه كذلك وهو ان لا يقع الطلاق او العتاق اذا علق به الا بالموت لما ذكرنا وزاد قيدا حسنا في المبتغى بالعين المعجمة قال اذا قال لامرأته ان لم تجيئي بكذا فانت طالق ثلاثا فهو على الابد اذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى ومن ثمة قالوا لو اراد ان يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال ان لم تدخلي البيت معي فانت طالق فدخلت بعدما سكت شهوته طلقت لان مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات **قوله** وموتها بمنزلة موته هو الصحيح احترز به عن رواية النوادر انها لا تطلق بموتها لانه قادر على ان يطلقها وانما عجز بموتها وصار كقوله ان لم ادخل الدار فانت طالق يقع بموته لا بموتها وجه الظاهر ان الوجه السابق ينتظم موتها وموته بخلاف تلك المسألة فان بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع اما الطلاق فانه يتحقق اليأس عنه بموتها واذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان كان المعلق صريحا لانقضاء العدة كغير المدخول بها لان الغرض ان الوقوع في آخر جزء لا يتجزى فلم ينله الا الموت وبه تبين **قوله** ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى تموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت

ولا يخفى انه يستعمل في الشرط ايضا فاذا اذا لم يرد شعر واستغن ما اغناك ربك بالغنى ، واذا تصبك خصاصة فتحمل وان اريد به الشرط لم تطلق وان اريد به الوقت تطلق خلافا لمن قال بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انه للوقت لا يخرج الامر من يده وعلى اعتبار انه للشرط يخرج والامر صار في يده فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا الخلاف فيما اذا لم تكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال او نوى الشرط يقع في آخر العمر لان اللفظ يحتملهما

لان كلمة اذا للوقت كلمة متى قال الله تعالى والشمس كورت وقال تعالى وهو ابن احمر وجرى بن جنب ... واذا تكون كريهة ادعى لها + واذا يحاس الحيس يدعى جندب + يعني اخاه الصغير وما قيل انه لنثرة الحسنى فخطأ عند اهل المعرفة بالشان لانتفائه من ديوانه ولم يعرف لنثرة اخا جندب اصلا وانما الرخ من امه اسمه شبوب ثم لم تكن امه بحيث تواكل اياه شدادا حيسا لانها ابعد من ذلك عند من اطلع على قصته وقيل البيت المذكور هل في القضية اذا استقمتم واستتم فاني البعيد الاجنب + واذا الشدائد من امراء الحكم فانا المحب الاقرب + واذا تكون كريهة ادعى لها + واذا يحاس الحيس يدعى جندب + هذا وجدكم الصغار بعينه + لا ام لي ان كان ذاك ولا اب + عجب لتلك قضية واقامتي + فيكم على تلك القضية اعجب + وما اعترض بعض المحشين بان كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط وجواب الاول علمت وجواب الثاني ادعى ويدعى وايضا تنظيره لها بمتى غير صحيح لانها لا تختص للوقت ابدا وهما بينان على ان قوله للوقت يعني المحض ولا حاجة تدعو الى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبها عليه بل المنقول لها انه لا يستقرا عنها معنى الوقت في المجاوبات فاورد الشاهدين لها للدلالة على قيام الوقت مع الشرط وليس لها حاجة ان بينا انها للوقت المجرد عن الشرط بل حاجتها في اثبات الاجماع ليكون دفعا ظاهر القول الكوفيين قوله ولابي حنيفة رح انها تستعمل للشرط ايضا يعني الشرط المجرد من معنى الظرفية والا لا يفيد وهذا مذهب نقل عن الكوفيين واستشهد بقوله واذا تصبك خصاصة فتحمل حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف والظرف اما على حد سواء واما على انها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ولذا صدقه القاضي في دعواه ارادة الشرط المجرد وبهذا يقع الفرق لها بين هذه ومسئلة الحلف على ان لا يشرب من دجلة حيث صرفناها الى الشرب بالاتيان وكرعا لان المجاز هناك غالب واحتاج ابو حنيفة رح الى الفرق لانه جزم هناك انها بالمعنى الحقيقي لا هنا وفرقه ان حكم الحقيقة وهو الحنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لان حكمه اعم من ذلك ومن الشرب اغترافا وكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك اي للتيقن بحكمها بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فانه يقتضي الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز وانت سمعت ان البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وان استعملت شرطا كمتى فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع واما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا وبتقدير احداثه بناء على عدم اشتراط النقل في احاد المجاز فكونه كثير استعماله حتى يساوي الحقيقة ممنوع ثم لا يخفى انه يجيب على قولهما اذا اراد معنى الشرط ان لا يصدقه القاضي بل يصح ديانة لان الوجه عندهما ظهور ما في الظرف مرادة خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له + قاله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصي حميدا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح اولها ، اجمل ان اباك كارب قومه ، فاذا دعيت الى المكارم فاعجل + وصيك ايصابا امرئ لك ناصح ظن بريب الدهر غير مقلل + هدفا تقه واوف بنذره + واذا حلفت مماريا فتحلل + والضيف اكرمه فان مبيته حق ولا تك لبقة للمنزل + واعلم بان الضيف مخزاية + بمبيت ليلته وان لم يسئل + ودع القوارض للصديق وغيره + كيلا يروك من اللئام الغزل + واصل المواصل ما صفا لك ودده + واحذر جبال الخائن المتبدل + واترك محل السوء لا تحلل به + واذا نبا بك منزل فتحول + دار الهوان لمن اناخ داره + افراحل عنها كمن لم يراحل + واسان حلمك في امورك كلها + واذا عزمت على الهوى فتوكل + واستغن باعتاك ربك بالغنى + واذا تصبك خصاصة فتحمل + واذا هممت بامر شر فاسده + واذا هممت بامر خير فاعجل + واذا اتيتك من العدو فاقرض + لذاك ولا تقل لم افعل + واذا افتقرت فلا تكن متخشعا + اترجو القواضل عند غير المفضل + واذا تشاجر فؤادك مرة + امران فاعمد للاعف الاجمل + واذا لقيت القوم فاضرب فيهم + حتى يروك طلاك اجوب مهمه + واذا لقيت الباهشين الى الندى + غيرا الكفيم لقاء محل + فاعنهم واليسر ما يسروا به + واذا هم نزلوا بضنك فانزل +

قوله لابي حنيفة ان اذا تستعمل + واستعمال البعيد الاجنب + واذا تكون كريهة ادعى لها + الام لي اذا كان ذاك ولا اب +

ولو قال انت طالق مالم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رح لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين لانه لا يمكن تحقيق البر الا ان يجعل هذه اللفظة مستثنى واصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته واخراجه على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى

وقد استعمل الشاعر اذا فيها للشرط في ثلاثة عشر موضعا بالجزم ودخول فا الجزاء ومعقل من عقلت الناقة بالعقل يريد عقلي ترب الدهر غير ممنوع وتحمل اي اظهر جميلا والاظهر جزعا وقيل كل الجميل اي المحمول وهو الشحم المذاب واين هذا من الاول في تاديب وفي المنتقى لو قال اذا طلقتك فانت طالق واذا لم اطلقك فانت طالق فمات قبل ان يطلق يقع عليها طلقتان لانه لما مات قبل التطليق حنث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق وهذا الطلاق يصلح شرطا في اليمين الاولى لانه وقع بكلام واحد بعد اليمين الاولى فحنث في اليمين فيقع طلاقان ولو قلب فقال اذا لم اطلقك فانت طالق واذا طلقتك فانت طالق فمات قبل ان يطلق وقع عليها واحدة لانه لما مات قبل التطليق صار حانثا في اليمين الاولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لانه وقع بكلام واحد قبل اليمين الثانية فالشرط وتراعى في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا وانما هذا على قول ابي حنيفة رح اما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير في الاولى للوجه الاول بعينه وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لانه حنث في قوله اذا لم اطلقك فانت طالق فكذا لو لم يسكت حتى مات لان زمان قوله اذا طلقتك فانت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل ان يفرغ منه هذه ثلث مسائل من الجامع الكبير انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك وقبله انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك ففي الصورتين الاوليين يقع عند التزوج اتفاقا وفي الثالثة كذلك عند ابي يوسف رح وعندهما لا يقع فالاصل ان المطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر ينسخ الاول وقبل واذا اظرفان وقبل لا تقبل الطلاق واذا تقبله فاضيف اليهما وجه الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع اولان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول وقوله بخلاف مسئلة المشيئة لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك اعترض عليه بان وقوع الشك في الشرطية والظرفية توجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال لانه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب ان تحرم تقديما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا واجيب بان هذا مشترك في جميع صور التردد في الامر فانه لو شك في انتقاض طهارته جاز فيه ان على اعتبار الانتقاض تحرم الصلوة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا ترجح الحرمة وان كان مبنى الصلوة على الاحتياط لان الشك لا يوجب شيئا انما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة اما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم يعمل بدليل بل بالشك وهناك يقع العمل بالدليل والله اعلم واعلم ان ما ذكره المصنف يشكل لانه سيذكر ان الخلاف فيما اذا لم تكن له نية وح فمقتضى الوجه في المشيئة ان على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله يخرج وكذا اذا علم انه نوى ولم تدر نيته لعارض او غيره واما اذا عرفت بان استفسر فقال اردت الزمان فيجب ان يصدق على قولهما ولا يخرج الامر من يدها وكذا على قوله لانه مقر على نفسه وان قال اردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه واما في مسئلة الطلاق اعني قوله انت طالق اذا لم اطلقك فان قال عنيت الزمان صدق عندهما وان قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لانه خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما محتملا تتابع ان في الثاني تشديدا على نفسه **قوله** ولو قال انت طالق الم اطلقك انت طالق فهي طالق بهذه التطليقة المنجزة فقط حتى لو كان قال انت طالق ثلثا الم اطلقك انت طالق وقعت واحدة وعند زفر ثلث معناه انه قال ذلك موصولا به فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا والقياس ان يقع المضاف ايضا فيقعان ان كانت مدخولا بها فان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده وهو قول زفر لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو زمان قوله

ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه اذا اقترن بفعل ممتد كالصوم والايام وبالليل لانه يراد به المعيار وهذا التوقيت ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا اقترن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار لا يتناول الا البياض خاصة وهو اللغة

انت طالق قبل ان يفرغ منها وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى بدلالة حال الحالف لان اليمين انما يعقد للبر فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا الا ان يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البر فيه من الزمان اصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقلة من ساعته بر عندنا خلافا لزفر ره فالمراد بالاصل هنا النظير لا اصل القياس لان الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر ره **قوله** ومن قال لامرأته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به بياض النهار وهو ظاهر ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا والافعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله امرك بيدك يوم يقدم فلان واختاري يوم يقدم فيتعلق الحكم ببياض النهار فلو قدم فلان ليلا لا خيار لها او نهارا دخل الامر في يدها الى الغروب لانه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديره وهو حقيقته في بياض النهار فيبقى معه الى ان يتعين خلافه كقولك احسن الظن بالسيد يوم تموت واركب يوم ياتي العدو ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصلح ضرب المدة له كالطلاق والتزوج والعتاق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لان ضرب المدة له كالطلاق والتزوج من له لعوا ذلا يحتمله والطلاق من هذا القبيل فيقع ليلا تزوجها او نهارا كذا في عامة النسخ وفي الاصل التزوج من هذا القبيل قيل كانه غلط والصحيح الطلاق من هذا القبيل وفي النهاية الصحيح التزوج من هذا القبيل قال كذا وجدته بخط شيخي ولانه اعتبر في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء به قال في الايمان لو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار الى ان قال والكلام لا يمتد ولان الذكر الفعل انما يستقيم من غير تاويل في اتزوجك لا في انت طالق ولان ذكر القران في قوله اذا قرن يدل على ارادة التزوج لا الطلاق لان مقارنة اليوم اقوى لانه على وجه الاضافة والمضاف مع المضاف اليه كشيء واحد انتهى والاصوب الاعتبار الاول اعني اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لان المقصود بذكر الظرف فائدة وقوعه فيه بخلاف المضاف اليه فانه وان كان مظروفا ايضا لكن لم يقصد بذكر الظرف ذلك انما ذكر المضاف اليه ليتعين الظرف فيعلم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب ولا شك ان اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف الحقيقي او المجازي اولى من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله الا ان بعض المشائخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب اعني ما يكون به المعلق والمضاف اليه مما يمتد نحو امرك بيدك يوم يسير فلان او لا يمتد كانت حر يوم يقدم وطالق يوم اتزوجك فيطلق باشتراك المضاف اليه وعدمه والمحققون ارتفعوا عن ذلك الابهام ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار ويشبه كونه وهما ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف اليه وهو ما يختلف المعلق والمضاف اليه بالامتداد وعدمه كانت حر يوم يسير فلان قصر وسع قال انت طالق الى شهر تطلق اذا انقضى شهر واقعا لو يوسف ره للحال او قبل قدوم زيد بشهر يقع اذا قدم زيد بشهر مقتصرا او قال زفر ره مستندا او قبل موت زيد بشهر فمات تمامه وقع مستندا عند ابي حنيفة ره وقالا مقتصرا على الموت وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة فعند ابي حنيفة ره يعتبر من اول الشهر ولو كان وطيها في الشهر تصير مراجعا ان كان الطلاق رجعيا ولو كان ثلثا ووطيها في الشهر عزم العقر وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطي ولا يلزمه عقر وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا اعتبارا وكذا اذا طلقها بائنا او ثلثا او خالعها في خلال الشهر ثم مات زيد تمام الشهر وهي في العدة لا تقع الثلث والبائن ويبطل الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الطلاق بالاستناد وعندهما يقع الثلث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلثا لو مات زيد قبل تمام الشهر

الثلث

فصل ومن قال لامرأته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رح يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليهما كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج بزوج آخر والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها

لا تطلق لعدم شهر قبل الموت ولو مات بعد العدة فيما اذا طلقها في اثناء الشهر ثم وضعت حملها او لم تكن مدخولا بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل اذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند كذا في الجامع الكبير والاسرار هذا على تقدير كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الاصح وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين ولو قال انت طالق قبل موتي او قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لامتناع وقوعه مقتصرا كما هو مقتضى بعد الموت وعنده يقع مستندا حتى اذا كان صحيحا في ذلك الوقت لا ترث منه وعليها العدة ثلاث حيض اما اذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق ولها الميراث ولو قال آخر امراة اتزوجها طالق او آخر عبد ملكه حر فتزوج امراة ثم امراة ثم مات او ملك عبدا ثم عبدا ثم مات يقع الطلاق والعتق عنده مستندا الى وقت الملك والتزوج وعندهما مقتصرا حتى يعتبر العتق من جميع المال اذا كان صحيحا وقت الشراء فان كان مريضا فمن الثلث وفي الزوجة الاخيرة تطلق من حين تزوجها حتى لا يلزمها العدة ان لم يكن دخل بها ولا ميراث لها وان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث والفرق لابي حنيفة رح بين القدوم والموت ان الموت معرف والجزاء لا يقتصر على المعرف كما لو قال ان كان في الدار زيد فانت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم وهذا لان الموت في الابتداء يحتمل ان يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت اصلا فاشبه سائر الشروط وفي احتمال الخطر فاذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لان الموت كائن لا محالة الا ان الطلاق لا يقع في الحال لانه يحتاج الى شهر يتصل بالموت وانه غير ثابت والموت يعرفه فافترق من هذا الوجه الشرط فاشبه الوقت في قوله انت طالق قبل رمضان بشهر فقلب بامر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ولو قال قبل رمضان بشهر وقع اول شعبان اتفاقا ولو قال لها انت طالق السابقة لم تقع حتى يموت احدهما فاذا ماتت طلقت الاخرى مستندا عنده ومقتصرا عندهما

فصل فيه متفرقات من الايقاع لانه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد **قوله** ومن قال لامراته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقها ولو قال انا منك بائن او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وبقولنا قال احمد وقال الشافعي رح ومالك رح يقع الطلاق في الوجه الاول ايضا اذا نوى لان ملك النكاح اي الملك الذي يوجبه النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما حتى حل لكل الاستمتاع بصاحبه والطلاق لازالته فيصح مضافا الى كل منهما وقوله وضع لازالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لان المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه وهذا التعليل غير مرضي عند اكثر اصحابه قالوا لو كان كذلك لم يحتج الى نيته كالاضافة اليهما والمختار عندهم ان على الزوج حجرا من جهتها حتى لا ينكح اختها واربع سواها فتصح اضافته اليه باعتبار رفع ذلك القيد لكن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فاحتيج الى نيته ولا يخفى انه يندفع ما اورده على الاول بالنكتة الاخيرة اذ يقال تتميما للاول وانما احتاج الى نيته في الاضافة اليه لانه غير متعارف **قوله** ولنا تحقيقه ان الطلاق لازالة الملك الثابت بالنكاح او القيد فمحل الطلاق محلها وهي محلها دونه فالاضافة اليها اضافة الطلاق الى غير محله فيلغو بيان انها المحل انها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه وملكها عليه انما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لا مور ترجع الى نفسها فهي المملوكة دونه ولهذا ملك هو التزوج بالكتابية ولم تملكه هي بالكتابي والنفقة بدل احتباسه اياها والحل الذي يثبت لها تبع للحل الذي يثبت له فانه لما ملك الوطي وجبت عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به وليس الحل هو القيد الذي هو مورد الطلاق بل الحل اثره حسب ما حققناه في باب ايقاع الطلاق من انه المنع الشرعي الخ والثابت اثر النكاح ويرجع الى ما تقدم من ان الثابت تبعا لا يكون محلا للطلاق بخلاف الابانة لانها اي لفظها موضوع لازالة الوصلة ووصلة النكاح

ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية وذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق
واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسئلتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فمن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول
كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع
فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا
ولو كان الوقوع بالوصف للغو ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف مسماه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان
الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية
له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الزوج امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة لمنافاة
بين الملكين اما ملكها اياه فلاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فيبتنى

مشتركة بينهما صحت اضافتها الى كل منهما حالة بحقيقتها وبخلاف التحريم لانه ازالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملا بحقيقته وسياتي تمامه في الكنايات ولا يجمع
من اختها وخامسة فليس موجبة نكاحها بل حجر شرعي ثابت ابتداء عن الجمع بين الاختين وخمس لا حكما للنكاح ولهذا لو تزوجها مع اختها معا او نسم
خمسا معا لا يجوز **قوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء وكذا طالق او غير طالق وطالق او لا وبه قال الائمة الاربعة قال المص هكذا ذكر
في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية كذا ذكر قول محمد
في كتاب الطلاق من المبسوط فيما اذا قال انت طالق واحدة او لا شيء او ثلاثا او لا شيء انما لا يقع عليها شيء عند ابي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية
ولا فرق بين المسئلتين وهي طالق واحدة او لا او واحدة او لا شيء وخص الخلاف في الاصل بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر قول ابي حنيفة لكن قول صاحب الاجناس نقل
ذكره معه في الجرجانيات ولو كان المذكور ههنا قول الكل لسبب انه لم يذكر خلافا فمن محمد روايتان والاوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لانه
صرح بخلافه في مسئلة او لا شيء فدل على وفاقه في هذه وهي مسئلة او لا واذا فرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في او لا شيء وخلافه هنا رواية
في مسئلة او لا **قوله** له اي لمحمد في ايقاعه به واحدة على هذه الرواية انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار
الواحدة ويبقى قوله انت طالق يقع به واحدة بخلاف قوله انت طالق او لا او طالق او غير طالق لا يقع به بالاتفاق لانه ادخل الشك في اصل الايقاع
ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد واستدل على هذا باثار اجماعية منها انه لو قال لغير المدخول
بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث لانها بانت بطالق لا الى عدة فلم يبق محلا لوقوع الزائد ومنها انه
لو قال انت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شيء ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلا بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل
ومنها لو بانت قبل العدد واحدة او ثلاث لم يقع شيء وقوله وهذا لان الواقع في الحقيقة هو المنعوت في العدد وهو المحذوف اي طالق تطليقة
واحدة او طلاقا او تطليقا ثلاثا كما قرره في اول الباب اما على الانشاء فلا وقد رجع المص الى طريقة الانشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسئلة انت طالق
امس وقد تزوجها اول من امس فارجع اليه والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الاجماعية الدالة على ان الواقع العدد وعند ذكره
لا الوصف **قوله** ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له وهو موته وموتها لان موته
ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الاهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها وانما كان حالة موت احدهما منافية للنكاح لانها حالة ارتفاع النكاح ووقوع
الطلاق يستدعي حال استقراره اذ المعنى على تعليقه بالموت وان كانت حقيقة مع للقران الا ترى انه لو قال انت طالق مع دخولك الدار تعلق
به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل **قوله** واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها اي سهما بان كان تزوج
امة لغيره ثم اشتراها جميعها منه او سهما منها او وهبها او ورثها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه بان تزوجت حرة عبد الغير ثم اشترته جميعه
منه او سهما منه او وهبه لها او ورثته وقعت الفرقة بينهما فسخا لمنافاة بين الملكين ملك الرقبة وملك النكاح اما في ملكها اياه فلاجتماع بين المالكية
والمملوكية فيها وقد تقدم تقريره في فصل المحرمات وتحريره فارجع اليه واما في ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري لان اثباته على الحرة
لحاجة ابقاء النسل فكان ملك النكاح في الاصل مع المنافي وهو حرية المملوكية للضرورة وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل
الاقوى به فيرتفع الاضعف الضروري للاستغناء عنه وهذا ظاهر في ملك الامة كلها واما في ملك بعضها فاقيم ملك اليمين مقام الحل لانه سببه احتياطا

ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رح انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطيها له وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والكلام تعلق به والمذكور بعده الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فالحرة حرمة غليظة بالثنتين تبقى شئ وهو ان كلمة مع للقران قلنا قد يذكر للتاخر كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط

وهذا بخلاف المكاتب اذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لانه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح **قوله** ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه كما في ملك البعض ولا من كل وجه كما في ملك الكل وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا عن المنافاة وعن محمد رح يقع لانه لا فرق بين الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما اذا اعتقته اما اذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا انه لا عدة هناك عليها يعني منه حتى حل له وطيها بملك اليمين وظاهره انه يحل تزويجها ايا ها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله في الكافي وقال لو زوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح انه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم انه لا يجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل واذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح يبقى عدم التفصيل لمحمد اذ قد ظهر ان العدة هناك ايضا قائمة غير انها لا تظهر في حقه وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة معنى وقعت بسبب التنافي تخرج المراة من ان تكون محلا للطلاق واذا خرجت من المحلية فحاجتنا الى اثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا تثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد واعلم ان شمس الائمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يحضره بما اذا ملكته بل اجراه في الفصلين فانه ذكر مسئلة المهاجرة وهي ما اذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولها لم يقع طلاقه فقال في المبسوط وقيل هذا قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد فاما على قول ابي يوسف الاخر يقع طلاقه ثم قال وهو نظير ما لو اشترى الرجل امراته بعدما دخل بها ثم اعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه الاول وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الاخر يقع وكذا الخلاف فيما لو اشترت المراة زوجها يعني فاعتقته فحكى الخلاف في الصورتين وان اسند الزوج لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها ملك الرجعة لانه علق التطليق اذ هو السبب حقيقة بالاعتاق او العتق لان اللفظ اعني العتق ينتظمها اي ينتظم الاعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها اثر له ومعنى الانتظام ههنا احتمال ارادة كل منهما به على البدل لا على الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمجازي في اطلاق واحد والاعتاق معنى مجازي للعتق هو فيه اسم الحكم للعلة وعلى هذا فاعماله في لفظ اياك على اعتبار ارادة الفعل به اعمال المستعار للمصدر او على اعتبار اعمال اسم المصدر كاعجبني كلامك زيدا اما على التجوز الاخر وهو ان يراد العتق الذي هو اثر فمشكل لانه قاصر وانما يعمل في المفعول التعدي وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده الى الوجه الاول لانه يصير معبرا به عن الاعتاق فلم يكن التعليق الا بالاعتاق فقط والوجه الثاني هو ان لا يكون كذلك بل عن العتق هذا معنى الاشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين والعجب مما ذكر في جوابه من قول من قال ليس بمشكل لانه لما علق التطليق بالاعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه و اين هذا من صحة الاعمال وايضا كان الوجه ان يقول المص بالاعتاق والعتق بالواو لا بالا و وحاصل تقرير المسئلة ان مع قد تذكر للمتاخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقيق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الاية ان مع العسر يسرا فصارت محتملة لذلك وان كان حقيقة خلافه فيصار اليه بمواجب وقد تحقق وهو انا طة ثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعدوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فان الاناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعدوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجوده حكم هو معنى الشرط فلزم كون الاعتاق او العتق شرطا للتطليق فان كان الاعتاق فيوجد تطليق الثنتين بعده مقارن للمتاخر عن الاعتاق ويقع الطلاق المتاخر عن التطليق بعدها فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وان كان العتق

ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة في الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فيقترنان

فاظهر بهذا التقرير المص رد وقيل عليه المعلول مع العلة يقترنان كالكسر مع الانكسار في الخارج فالعتق مع الاعتاق والطلاق مع التطليق يقترنان بل لوجه انه قرن الطلاق بالاعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو صفة الرق ووجود احد الضدين مستلزم زوال الضد الاخر ولا يتبقى زواله على وجود الاخر اذ لا يصح ان يقال وجد السكون فزالت الحركة او وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين بل وجود احدهما يقترن بزوال الاخر فثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق فلا يوجب التطليقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة وهذا يتبنى على احد القولين في ان المعلول مع العلة في الخارج او يتعقبها بلا فصل وعلى ان حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تقرره وعدم خروجه مع عن المقارنة واطبق العقلاء على ان الشيء زمن ثبوته ليس ثبات وانت قد علمت ان المعنى على خروجها وتقرر الشرط والجزاء يعقبه اذ ليس هو علة فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده وسنذكرها عندنا في العلة والمعلول واورد على هذا ما لو قال لاجنبية انت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التقدير المذكور مع انه لا يقع اذا تزوجها واجيب بانه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وانما يملك اليمين فاذا لزم بذكر حروفه اعني ان نحوه فان قال ان تزوجتك فانت طالق صح ضرورة صحة اليمين ويرجع هذا الى انه انما يملك التعليق الصحيح قبل النكاح بخلاف ما بعده ويقابل ان يقول الدليل انما قام على ملكه اليمين المضافة الى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيف ما كان اللفظ والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية هذا الجواب لم يتضح لي فانه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي ان يحمل عليه قوله ولو قال اي لامرأته الامة اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال لها المولى اذا جاء غد فانت حرة في الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض حجة ولم يذكر الاختلاف على رواية ابي سليمن بل على رواية الشيخ ابي حفص وجه هذه الرواية

ان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لان علته اصله الاستطاعة مع الفعل الذي يقام بها يقترنان في الخارج فيكون التطليق الذي هو السبب مقارنا للعتق المقارن للاعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسئلة الاولى فانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة ثم رد المص رد قول محمد رحمه الله بقوله ولا وجه الى ما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان اي فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي امة فتحرم وحقيقة محل الغلط في تقرير محمد من جعل العتق شرطا على ما يعطيه قوله والمعلق انما ينعقد سببا عند الشرط يعني ولا ينعقد التطليق سببا الا عند وجود العتق المقارن للاعتاق لكنه ليس كذلك بل الشرط مجيء اليوم كما هو الشرط في الاعتاق فان كانت العلة مع المعلول يلزم ان عند مجيء الغد يقترن كل من التطليق والاعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسب ما ينزل العتق وهي امة فتحرم حرمة غليظة واذ قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات اخر اي احدها انه اعتبر قول القران في العتق والتعاقب في الطلاق في هذه المسئلة لكون الاعتاق مندوبا فليعتبر سرعة نزوله والتطليق محظور فيعتبر متاخرا نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفاسد يتاخر فيه الى القبض للحظر وتوضيحه انه ينزل عند وجود الغد التطليق والاعتاق والعتق مقترنة وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه نبذ تبين علم ان العقلاء اختلفوا في العلة مع المعلول فذهبت

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا يعني الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها بالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة منها فاذا نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر

طائفة الى ان المعلول يقبلها بالاصل والجمهور على انها معاً في الخارج وطائفة منهم خصوا العلل الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لانها اعتبرت كالاعيان باقية فامكن فيها اعتبار الاصل وهو تقدم المؤثر على الاثر بخلاف الاستطاعة مع الفعل لانها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها والا لبقي الفعل بلا قدرة والذي يختاره التعقيب في العلل الشرعية والعقلية حتى ان الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير انه لسرعته اعتقد مع قلة الزمن الى الغاية او كان آنيا لم يقع بتميز لتقدم والتاخر فيهما وهذا لان المؤثر لا يقوم به التاثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من ان تكمل هويته ليقوم به عارضه والا لم يكن موثرا والله اعلم وثانيها ان المعلق كالمرسل عند الشرط وكان المولى والزوج ارسلا عتقه وطلاقه فيصادفها وقوع الاول جزء وانت حرة او جزء من انت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت حرة لاقترانهما وجودا ولان الملك كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك قلنا التعليق بشرط واحد يقتضي ان يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتعلقا الحرية بلا شك فبطل الاخير واطباق العقلاء على ان الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانتفى ما قبله والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التملك من الزمان بل محض نزوله ينزل في اول ان يعقبه لانه نزول حكم فيبطل ما قبلها ورفع الاثر في البيع الفاسد لما امكن وهو مطلوب شرعا اخر الى غاية تناسب التعليم اليها اعني القبض الذي له شبهة بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر ما نحن فيه فلو امكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية تناسب اعتبار تاخر ثبوته اليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع والا لدفع فلا فائدة في تاخيره بل هو مخل بالاحتياط فبطل الاول

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه **قوله** قال من لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث طعن على محمد في لفظ السبابة اذ الاسم الشرعي المسبحة واجيب بان في بعض النسخ المسباحة وبانه ورد ايضا في رواية ابن عباس رض في صفة طهوره صلى الله عليه وسلم ادخل السبابتين في اذنيه كما قدمناه في كتاب الطهارة وبان الاعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا منتف فان الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعي الى الشنيع والدفع برواية ابن عباس رض بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ والا لو قيل كان الاسم الشرعي المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تخامي ابن عباس رض عنه فالاولى عبارة تلك النسخة ونسبة غيرها الى التصحيف وان كانت هي ايضا غاية من جهة الاشتقاق لان الفعل سبح وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح واما سباح فانما هو من سبح في الماء سباحة ثم شرع في الوجه فقال لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم يعني لفظ هكذا وهذا غلط لفظا ومعنى فلان التي تكنى بها عن العدد وكذا ولم يستعمل فيها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الاجزاء نحو هكذا عرشك يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الاشارة وهذا هو المراد هنا في الحديث فقوله انت طالق هكذا التشبيه بالعدد والمشار اليه وهو العدد والمفاد كميته بالاصابع المشار اليها بخلاف كذا لكنه انما لم تقصد فيها معاني الاجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس او غيره كما في الخبر يقال للعبد اذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا ثم مميز هذه ليس الا ما يبين الجنس لانها وضعت لقصد ابهام الكمية نحو ملكت كذا عبدا ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس هذا استعمالا غريبا وهذا هو غلط المعنى **قوله** قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا الخ عن ابن عمر رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم قال انا امة امية لا نكتب ولا نحتسب الشهر هكذا وهكذا وهكذا وعقد الابهام في الثالثة والشهر هكذا وهكذا وهكذا يعني تمام ثلثين متفق عليه وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة

فتح القدير مع هداية ج ٢

ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي لاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة
والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا
للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف بما يحتمله
لفظه الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسئلة الرجعة ممنوعة فيقع
واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو قال انت طالق واحدة وبقوله بائن
او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه انما
يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق واسوأه لما ذكرنا وكذا
اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رح
في قوله انت طالق للبدعة انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من النية
ولو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف في الدراية الاشارة بالكف ان تقع الاصابع كلها منشورة
فالذي تثبت بالنية منه ان يكون الاصابع الثلث منشورة فقط حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه تحتمله لكنه خلاف
الظاهر وقيل ان اشار بظهورها بان جعل باطنها اليه وظاهرها الى المرأة فبالمضمومة وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فبالمنشورة وان كان
الى الارض فبالمضمومة وقيل ان كان نشر اعن ضم فبالمنشورة للعادة فقط وهذا قريب والمعول عليه اطلاق المصنف ولا يخفى في ان قوله الابهام
والسبابة والوسطى ليس بقيد قوله ولو لم يقل هكذا يعني قال انت طالق واشار باصابعه الثلث ولم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم
وعرفت ان الصواب ان يقال لانه لم يقترن بالتشبيه المتقدم قوله واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة او الزيادة كان بائنا مثل
ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي رح يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول وبقوله قال مالك واحمد رح لان الطلاق شرع معقبا للرجعة
وكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لانه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو يقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو وكقوله
وهبتك على ان تثبت ملكك قبل القبض او طلق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فانه يثبت به البينونة
قبل الدخول في الحال وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر
من ان اسم الواحد لا يحتمل العدد المحض ولو سلم فالفرق ان الرجعة تصريح بنفي المشروع وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل لزم
ضمنا ويرد عليه انه لو احتمل البينونة لصحت ارادتها بطالق وتقدم في ايقاع الطلاق عدم صحتها واجيب بان عمل النية في الملفوظ لا في غيره ولفظ بائن
ما صار ملفوظا بالنية بخلاف طالق بائن وفيه نظر اذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ الا توجيهه الى بعض محتملاته فاذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية
فيه وقد فرض لطالق ذلك فتعمل فيه النية ولا يكون عاملة بلا لفظ بل بما يعطي هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة الى النية وليس
كذلك وان قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لانه قصد تغيير ما علقه الشرع بانقضاء العدة وبه علله المصنف هناك ورد عليه ان تغيير
المشروع كما منع من صحة النية يجب ان يمنع من صحة اللفظ اذا كان مغيرا نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على انه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطالق
لكن ذلك منتف لانه اذا عنى ما وصفا للمرأة تقع ثنتان وهو ما ذكره المصنف بقوله ولو عنى بانت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان
بائنتان على ان التركيب خبر بعد خبر لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع ولو امكن ان يقال الايقاع ببائن وصفا لها وطالق قرينة فاستغنى به عن النية
فلم يحتج اليها كما يحتاج الى النية لو افرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ثم بينونة الاولى ضرورة بينونة الثانية اذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها
وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية وكل كناية قرنت بطالق يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان قوله وكذا
اذا قال انت طالق افحش الطلاق معطوف على انت طالق بائن في الاحكام الاربعة وقوع الواحدة بائنة اذا لم ينو شيئا او نوى ثنتين والثلث
بالنية ولو عنى بطالق واحدة وبافحش الطلاق اخرى تقع ثنتان وانما وقع البائن لانه اي الطلاق انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو قطع
النكاح في الحال في البائن وموجلا بالانقضاء في الرجعي وافعل للتفاوت وهو يحصل بالبينونة فانه افحش مما يثبت به موجلا اعني الرجعي فصار كقوله
بائن وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوأه او اشره او احسنه او اكبره او اغلظه او اطوله او اعرضه او اعظمه كلها مثل افحشه وسنذكر جوابا انه لم
لم يقع ثلث وكذا طلاق الشيطان وكذا طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لان الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن وفي

وعن محمد رحمه الله اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيهها به في توحده ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق وكالف وملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول فلانه وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاص والارتفاع اما الرجعي فيحتمله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف رجل ويراد به القوة فيصح نيته لاحدهما وعنه فقد انها يثبت اقلهما وعن محمد رحمه الله يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف

في عبارته تساهل اذ ليس الرجعي هو السني بل اعلم لانه لو طلقها في الحيض كان رجعيا وليس سنيا وعن ابي يوسف رحمه الله في قوله انت طالق للبدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع في الحيض كما يكون بالبينونة فلا بد من النية ولو قال اقبح الطلاق فعند ابي يوسف رحمه الله رجعي لاحتمال القبح الشرعي والطبعي بان يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعا كذا ذكر وكانه الطهر الخالي عن الجماع فيجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية او يراد وقت تتفق نفرة الطباع فيه عن الطلاق وعند محمد رحمه الله بائن حملا له على المنهي عنه **قوله** وعن محمد انه قال اذا انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا في وجه الرواية عن ابي يوسف رحمه الله **قوله** وكذا اذا قال كالجبل لان التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم ويحصل باثبات زيادة الوصف البينونة وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحده يعني تمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك قلنا المعروف الذي هو كالصريح ان التشبيه بالجبل انما يراد في الثقل والعظم فيثبت المشتهر قضية اللفظ وتتوقف الواحدة على النية بنية وبين الله تعالى اما القاضي فلا يصدقه فيها **قوله** ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي ثلثا اما الاول وهو قوله اشد الطلاق فلانه وصفه بالشدة فان قيل بل بالاشدية فيجب وقوع الثلث وكذا كل ما كان مثله مثل اقبح الطلاق اجيب بان الفعل يراد به ايضا الوصف كقولهم الاشج والناقص اعدلا بني مروان اي عادلاهم فلا يحمل على الثلث بالاحتمال ولا يخفى ان الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن في الجبل مع احتمال ارادة كون وجه التشبيه الوحدة والاوجه ان هذا الاحتمال يجعل ظاهر الحرمة الثلث فيصار الى الواحدة البائنة وتتوقف الثلث على النية ثم قوله وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر فان المعنى طالق طلاقا هو اشد الطلاق والحاصل ان افعل التفضيل بعض ما اضيف اليه فكان اشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق واما الثاني وهو قوله كالف فقد يراد به التشبيه في القوة كما يقال زيد كالف رجل اي باسه وقوته كباسهم وقوتهم وقد يراد التشبيه في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد الف وقد يراد الف وفيه يقع ثلثا اتفاقا وقد يراد التشبيه في القوة فتصح نية كل من الامرين وعند فقد النية انما يثبت اقلهما وعند محمد رحمه الله يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد الف ومعلوم ان التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية والا لقال انت طالق الفا اذ لا معنى لقوله الف تشبيه بهذه الالف فانه يستقيم في الكثرة اي طالق عددا كثيرا كثرة الالف والكثرة التي تشبه كثرة الالف ما يقاربها فلا بد ان يزيد على اثنين فيقع الثلث قلنا كون التشبيه به في القوة اشهر فلا يقع الا بالنية بخلاف كعدد الف وعلى هذا الخلاف مثل الف لما لو قال واحدة كالف فهي واحدة بائنة بالاجماع ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس او التراب او مثله فعند ابي يوسف رحمه الله رجعية واختاره امام الحرمين من الشافعية لان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب وعند محمد رحمه الله يقع الثلث وهو قول الشافعي واحمد رحمه الله لانه يراد بالعدد اذا ذكر الكثرة وفي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله واحدة بائنة لان التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة كما مر اما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد رحمه الله وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلث والفرق له بين هذا وبين قوله كالف ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور ولو قال كثلث فهي واحدة بائنة عند ابي يوسف رحمه الله وثلث عند محمد كما لو قال كعدد ثلث وهذا ضعيف لانه تشبيه العدد بالعدد وفي خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفا وفي كافي الحاكم لو قال انت طالق اكثر الطلاق فهو ثلث لا يدين فيها اذا قال نويت واحدة انتهى ولو اضافه الى عدد معلوم النفي كعدد شعر طن كفى او مجهول النفي والاثبات كعدد شعر ابليس ونحوه يقع واحدة او من شانه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف كعدد شعر ساقي وساكنا

واما الثالث فلان الشيء قد يلاء البيت لعظمه في نفسه وقد يلاء لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل قوله واما الثالث هو قوله بائن كالبيت لعظمه في نفسه وقد يلاء لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الاقل لان الاصل عند ابي حنيفة رحمه الله ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في التوحد على التجريد اما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله وقيل مع ابي يوسف رحمه الله وبيانه في قوله مثل رأس ابرة ومثل الجبل مثل عظم رأس ابرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث وهذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

فصل في الطلاق قبل الدخول واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فاما من كان قوله انت طالق ايقاعا عليحدة فيقعن جملة

وقد تنور لا يقع لعدم الشرط قوله واما الثالث هو قوله بائن كالبيت لعظمه في نفسه وقد يلاء لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الاقل وهو ظاهر قوله ثم الاصل الاول اذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك او على اني اختار النية يثبت الاقل وهو ظاهر قوله ثم الاصل الاول اذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع عليك او على اني اختار والانكان يوصف به فاما ان لا يبنى عن زيادة في اثره كقوله احسن الطلاق سنة اجله اعدله خيره اكمله ائمه وافضله فيقع به رجعيا ويكون طالقا للسنة في وقت السنة وان نوى ثلثا فهي ثلث للسنة وفي مختصر الطحاوي لو قال انت طالق تطليقة حسنة او جميلة كانت طالقا يملك رجعتها حائضا كانت او غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة قال وهي اصحاب الاملاء عن ابي يوسف رحمه الله انها طالق تطليقة للسنة كما لو قال انت طالق احسن الطلاق او بنى كاشدة واطوله فيقع بائنا واما التشبيه فكلهم وعلى انه بائن عند ابي حنيفة رحمه الله اي شيء كان المشبه به كراس ابرة وكجبل خردل او كسمسمة لاقتضاء التشبيه الزيادة وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظيم فكذلك والا فرجعي اي شيء كان المشبه به ولو كان عظيما لان التشبيه قد يكون من حيث التوحد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة وعند زفر رحمه الله ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن والا فرجعي ذكر العظم او لا وبيان الاصول في مثل راس ابرة عند ابي حنيفة رحمه الله بائن وعند ابي يوسف رحمه الله رجعي الا ان يقول كعظم راس ابرة فهو بائن وعند زفر رحمه الله رجعية وفي كالجبل بائن عند ابي حنيفة رحمه الله وزفر رجعي عند ابي يوسف رحمه الله الا ان يقول كعظم الجبل ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل وقول محمد رحمه الله قيل مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف رحمهما الله كله عند عدم النية اما لو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لان الواقع بها بائن والبينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة وفي شرح الكنز كالتاج بائن عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ان اراد به بياضه فرجعي وان اراد به برده فبائن انتهى وهذا يقتضي ان ابا يوسف رحمه الله لا يقصر البينونة في التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا البعيد كل البعد ان يقع بائن عند ابي حنيفة رحمه الله لو قال انت طالق كاعدل الطلاق كاسنه وكاحسنه والله سبحانه اعلم قوله ولو قال انت طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الامر طول وعرض فهو البائن ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو وفي الكافي للحاكم لو قال انت طالق طول كذا او كذا او عرض كذا او كذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلثا وان نوى ثلثا لان الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكانه قال طالق واحدة طولها كذا او عرضها كذا فلم تصح نيته الثلث قوله ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة الخ اراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن او البتة او افحش الطلاق او اخبثه واسوأه وطلاق الشيطان والبدعة واشده كالف وطلاق البيت مثل راس ابرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة لانها كلها بوائن والبينونة تتنوع الى خفيفة وغليظة وكذا ذكره الصدر الشهيد وقال التمرتاشي الصحيح انه لا تصح نيته الثلث في طالق تطليقة شديدة او عريضة او طويلة لانه نص على التطليقة فانها تتناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بان البينونة انما تعمل في المحتمل وتطليقة تتناول الواحدة لا تحتمل الثلث

فصل في الطلاق قبل الدخول لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الاصل لان الاصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالاصل على ما بالعوارض قوله واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف لان معناه طلاقا اي تطليقا ثلثا على ما بيناه في الفصل وفي باب ايقاع الطلاق ان الواقع عند انت طالق مصدر هو تطليق يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها اثره وبه دفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر وابن زيد انه يقع عليها واحدة لبينونتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئا ونص محمد رحمه الله قال اذا طلق الرجل امرأته ثلثا جميعا فقد خالف السنة واثم ربه وان دخل بها او لم يدخل بها سواء ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله

لما كان الدخول للدخول الخ

فان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذ لم يذكر في آخر كلامه ما يقتضي صدره
حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال فتصادف الثانية وهي مبانة وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وواحدة كما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال انت
طالق واحدة فانت طالق قبل قوله واحدة كان الطلاق واقعا وهو واحدة دنا ما بانت قبل ذكر العدد فات المحل قبل لا يقع خطابه كذا اذا قال انت طالق ثلثا وقلنا
بانها واحدة فانت طالق ولو قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بها
الكناية كان صفة للمذكور اخرا كقوله جاء زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بها الكناية كان صفة للمذكور اولا كقوله جاء زيد قبل عمرو ولا يقع الطلاق في الماضي ايقاع
في الحال لان الاسناد ليس وسعه في القبلية في قوله انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فتقضي اهاعها في الماضي ايقاع
للاخيرة فصار كانه بانت بالاولى ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فتقضي اهاعها في الماضي ايقاع
الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع الاخرى قبل هذه فتقعان ولو قال انت طالق واحدة معها واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة
مع للقران وعن ابي يوسف مرة في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكنى عنه لا محالة

عليهم اجمعين ولا ينافي قول الانشاء ان يكون عند ذكر العدد ويتوقف الوقوع وكونه وصف المحذوف اما لو قال اوقعت عليك ثلث تطليقات
فانه يقع الثلث عند الكل **قوله** وان فرق الطلاق بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك كقوله انت طالق طالق طالق لانه ليس في آخر الكلام
ما يغير اوله ليتوقف اوله فلم يقع بطالق الاول شيء فان قيل لو قال بالواو طالق وطالق او طالق واحدة وواحدة فالحكم كذلك مع ان الواو للجمع
وهو يغير حكم التفريق اذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلثا وحكمها مختلف لان في التفريق تبين بواحدة فينبغي ان يتوقف الصدر فيقع الثلث
كما قال مالك واحمد قلنا الجمع الذي يباين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المصير له كلفظ ثلثا ونحوه وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل لجمع المتعاطفات
في معنى العامل اعم من كونه على المعية وعلى تقدم المتعاطفات بها في تعلق معنى العامل به وتاخره وكل من الجمع بمعنى المعية ولمعنى الجمع لمعنى ترتب
المتعاطفات على الترتب اللفظي وعكسه افراده ولا دلالة للاعم على الاخص ليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق
مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ولان الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بانها
في التركيب للمعية واذا علمت انها لا يعترض الا للمقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذي هو المعية بعينه وليس هو باولى من اعتبارها للفرد الذي هو
التعاقب في معنى العامل وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالاولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب فاندفع ما قيل لو لم يتوقف
لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب والا وقوع الثلث على غير المدخول بها اذا قال انت طالق احدى عشرين ووقوع الثنتين في
قوله لها انت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب ايجاب واو المعية بل لانه اختصر ما يلفظ به اذا اراد الايقاع بهذه الطريقة وهو مختار
في التعبير لغة وان لم يكن مختارا في احدى وعشرين شرعا الا ان الشرع لم ينف حكمه اذا تكلم به وذكر شمس الائمة في المسئلتين خلاف زفر فلا يقع
عنده الا واحدة لوجود العطف فسبق ما وقع الاول اما لو قال انت طالق احد عشر فانه يقع الثلث بالاتفاق لعدم العاطف ووقوع الثلث عليها اذا قال انت
طالق ثلثا ان شئت فقالت شئت واحدة وواحدة وواحدة لان تمام الشرط بآخر كلامها وما لم يتم الشرط لا يقع الجزاء واعلم ان شمس الائمة حكى عن
ابي يوسف ومحمد رح خلافا في نحو طالق وطالق وطالق ان عند ابي يوسف رح يتبين قبل ان يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد رح بعد فراغه منه لجواز ان يلحق
بكلامه شرطا او استثناء ورجح في اصوله قول ابي يوسف رح ولم يقع الطلاق لفوت المحل فلو توقف وقوع الاولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا
لوجود المحل للثلث حال التكلم بها ولا يخفى ان النظر الى تعليل محمد رح تجويزا لا بلحقه مغير يفيد ان المراد تاخر ظهور وقت الوقوع فان مقتضاه انها لو لم
اذا لحق تبين عدم الوقوع واذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالاول وهذا لا ينفيه ابو يوسف فلا خلاف في المعنى بينهما **قوله** وهذه اي المسائل
الثلث تجانس ما قبلها من حيث المعنى وهو فوات المحل عند الايقاع فلا يقع شيء غير ان فواته في هذه بالموت فلا يقع شيء كما لو قال انت طالق ان شاء الله
وماتت قبل ان يقول ان شاء الله لا يقع عليها شيء وفيما قبلها بالطلاق فيقع الاول دون ما بعده **قوله** لو قال انت طالق واحدة قبل واحدة
او بعدها واحدة وقعت واحدة والاصل فيه انه اذا ذكر شيئين وادخل بينهما ظرفا ان قرنها بها الكناية اي اضيفت كلمة الظرف الى ضمير الاول كان صفة
للمذكور آخرا لجاني زيد قبل عمرو وان لم يقرنها بها بل اضيفت الى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للاول بالضرورة ولا مناص عنه اما اذا
قرن بها لم يقع عمرو المتاخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدا وهو القبلية في واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتطلق ولعدة تقع قبل
الثانية المذكورة في اللفظ اعني المضاف اليها لفظة قبل فلا يلحقها الثانية وفي قبلها واحدة صفة للاخيرة لانها المبتدا المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف

وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فلا شيء عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا تقع ثنتان ولو قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاجماع لهما ان حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما اذا نص على الثنتين او اخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الاول تقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا تقع الا واحدة كما اذا اخر هذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف

بمضمونها واحدة الاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بقبلية اخرى لها ولا يتدرج عليه اذا لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الوقعة فيحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان وان كان الظرف لفظة بعد فهي واحدة بعد واحدة يكون صفة للاولى فقد اوقع واحدة موصوفة بانها بعد اخرى وهو معنى قبلية اخرى لها ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق الموجود على الموجود فيقتران بحكم ان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال فيقعان وفي واحدة بعدها واحدة اوقع واحدة موصوفة ببعدية اخرى لها فوقعت الاولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها واما اذا قال واحدة معها واحدة او مع واحدة فلا فرق في الحاصل لان مع للقران فيتوقف الاول على الثاني تحقيقا لمعناها وعن ابي يوسف رح في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكتابة تستدعي سبق المكتوب عنه قلنا وقد وجد وهي واحدة التي هي مرجع الضمير اذ قد يسبق لفظها غير انه يجب التوقف لاتصال المغير وهو السببية المانعة من انفراد السابق بالحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وان عني سبق وجوده فممنوع ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما رجل طلق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبل رمضان وصورة ثلث لانه اما ان يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل او جميعه بلفظ بعد او جمع بينهما ففي الجمع كالبيت يلقى قبل بعد فيقع شهر قبله رمضان فيقع في شوال وفي نحوه ثلث صور اخرى وذلك لانه لا يخلو من انه اذا كرر لفظة قبل مرة واحدة ان يتخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه او لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ومن انه اذا كرر لفظة بعد مرة واحدة ان يتخلل بينهما قبل قلت البيت وحكمه انه يلقى بعد بقبل فيبقى شهر بعده رمضان فيقع في شعبان ولا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد رمضان فيقع في جمادى الآخر

قوله وفي المدخول بها يعني ان ما ذكرنا من التفصيل في قبل واحدة وقبل ما واحدة وبعد واحدة وبعد ما واحدة هو في غير المدخول بها اما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها اي في قبل واحدة وقبلها وبعد واحدة وبعدها واستشكل في واحدة قبل واحدة لان كون الشيء قبل غيره لا يقتضي وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد رح في الزيادات نحو فتحرير رقبة من قبل ان تماسا لنفذ البحر قبل ان تنفد كلمات ربي وقول النبي صلى الله عليه وسلم ظلوا اصابعكم قبل ان تتخللها نار جهنم واجيب بان اللفظ اشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضي وجود ذلك الغير ظاهرا وان لم يستدعه لا محالة والعمل بالظاهر واجب ما امكن **قوله** ولو قال لها اي لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا ثنتان ولو قدم الجزاء فقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق لهما ان الواو للجمع المطلق اي الجمع المتعاطفات فما قبلها وما بعدها بالحكم سواء فكان عاملا كجاء زيد وعمرو واولا كزيد وعمرو وبكر جاء وا مطلقا اي بلا قيد معية او ترتيب بل اعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة في التعليق بدخول الدار فصار كما اذا جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت الدار فانت طالق ثنتين وكما اذا اخر الشرط والمسئلة بحالها وهذا التعريف اللفظي لا اثر له لانه في حال التكلم بتعليق الطلاق لا في حال التطليق بخلاف قوله لغير المدخول بها انت طالق واحدة وواحدة لانه في حال الايقاع ولا موجب لتوقف الاول فيقع اما هنا فيتوقف فيتعلق الكل وفيه ثم يترتبن كذلك فيقع الكل ولو سلم التعاقب في التعلق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بايمان يتخللها ازمنة كما لو قال ان دخلت فانت طالق ثم بعد زمان قال ان دخلت فانت طالق فدخلت يقع الكل اتفاقا وقول المصر كما اذا نص على الثلث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن ويقعن **قوله** لان الجمع المطلق الذي هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو في الاستعمال الخاص ان يراد من حيث هو في ضمن القران والترتيب وهذا لانه لا يراد في الاستعمال الخاص الا عم الا من حيث هو في ضمن احد اخصاه وعلى الاعتبار الثاني وهو ان يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع الا واحدة كما اذا اخر الثلث بالواو لغير المدخول بها يقع

ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي ** وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب هو الاصح

واحدة لملاحظة هذا الاعتبار ويلغو ما بعدها لفوات المحل بالاولى وعلى اعتبار ارادة المعية ينزل الكل ولا يتعين لاحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لابد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك وتقرير الاصول ان الاول تعلق قبل الثاني لعدم ما يوجب توقفه وتعلق الثاني بواسطة والثالث بواسطتها فينزل على الوجه الذي وقع عليه التعليق بخلاف مسئلة تكرار الشرط لان تعلق الثاني بغير شرط الاول ليس بواسطة الاول لان كلا جملة مستقلة فيتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس شيء منها بواسطة شيء فينزلن جميعا عند الشرط وبخلاف ما اذا قدم الجزاء لان تاخر الشرط موجب للتوقف الاول لانه غير متعلق الكل فيه وفعة فتنزل دفعة وتنقض بما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت يقع ثلاثا ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة واجيب بان لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني بدل الاول ولا يكون في الطلاق فيتعلق الاول ويلغو تعلق الثاني لبقاء محل التعليق بعد تعلق الاول فيتعلق بلا واسطة كانه اعاد الشرط لتعليق ثنتين وجعله يمينين فاذا وجد الشرط وقع الكل جملة بخلاف ما اذا نجز لانها بانت بالاولى فلم تبق محلا لايقاع الثنتين وقولنا ارجح قوله تعلق بواسطة تعلق الاول ان اريد انه علة تعلقه فممنوع بل علته جمع الواو اياه الى الشرط وان اريد كونه سابق التعلق سلمناه ولا يفيد كالايمان المتعاقبة ولو سلم ان تعلق الاول علة لتعلق الثاني لم يلزم كون نزوله علة لنزوله اذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم في التعليق وليس نزوله علة لنزوله بل اذ تعلق الثاني باي سبب كان صار مع الاول متعلقين بشرط وعند نزول الشرط ينزل المشروط وتقرير المص اقرب ولا يرد عليه مسئلة الايمان فان قبل قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بانه لا شك في تعلق الكل سواء كان بطريق المعية او الترتيب فيجب ان تنزل كلها عند الشرط كالايمان المتعاقبة بشرط واحد قلنا الترتيب الذي يراد بالواو يقتضي كما قررناه ان وقوع كل متقدم جزاء شرط وقوع المتاخر فان معناه ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى وقبلها اخرى فلا يقع متاخرا الا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متاخر بخلاف الترتيب الذي اتفق في الايمان فانه ليس الشرط في الكل الا شرط الاول فقط فاذا وجد الدخول مثلا فقد وجد تمام شرط كل معلق معلق من الطلقات الثلاث وعلى هذا الخلاف ما لو قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق وانت علي كظهر امي ووالله لا اقربك فدخلت فطلقت وسقط الظهار عنده والايلاء لسبق الطلاق تعليقين فلا تبقى محلا للظهار والايلاء وعندهما هو مطلق مظاهر مولٍ ولو قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وانت علي كظهر امي ووالله لا اقربك اربعة اشهر فتزوجها فعلى الخلاف بخلاف ما لو قدم الظهار والايلاء فقال والله لا اقربك وانت علي كظهر امي وانت طالق فتزوجها وقع الكل عند الكل اما عندهما فلا اشكال واما عنده فلسبق الايلاء ثم هي بعده محل للطلاق فتطلق **قوله** ولو عطف بحرف الفاء فقال لغير المدخول بها ان دخلت فانت طالق فطالق فطالق فدخلت فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوي فليكن عنهما وذكر الفقيه ابو الليث انه يقع واحدة بالاتفاق وهو الاصح لان الفاء للتعقيب فصارت كثم وبعد فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طالقة ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدها وشرط الثالثة الدخول ووقوع طالقتين فيقع بعدها على النحو الذي قررنا عليه كلام المص لابي حنيفة رح وهذا لانه يصير المعنى ان دخلت فانت طالق واحدة وبعدها اخرى ولو عطف بثم واخر الشرط كانت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت فان كانت مدخولا بها فعنده يقع في الحال ثنتان وتعلق الثالثة بالشرط لانها للتراخي وكماله باعتباره في اللفظ والمعنى فكانه فصل بسكوت ولو سكت وقع الاول ولا يتوقف ليتعلق فكذا هنا واذا وقع الاول بقيت محلا فيقع الثانية وتعلق الثالثة بدخولها الدار وان كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثاني لانتفاء محليتها وان قدم الشرط فقال ان دخلت فانت طالق ثم طالق ثم طالق وهي مدخولة بها تعلق الاولى ووقعت الثانية والثالثة فاذا لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث

فتح القدير مع هداية ج

واما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد
من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا تقع بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي
رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فان نوى الاول تعين بنيته
فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل في معنى الاعتداد لانه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته
فتحتمل الاستبراء لما طلقها واما الثالثة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه حصل كانه قاله والطلاق يعقب الرجعة
وتحتمل غيره وهو ان تكون واحدة عنده او عند قومه ولما احتملت هذه الفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه الى النية ولا يقع الا واحدة لان قوله انت
طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا اولى وقوله واحدة ان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي بنية الثلث

والوجه بعد معرفة الاصل ظاهر وعندهما تعلق الكل بالشرط قدمه او اخره الا ان عند وجود الشرط يقع الثلث ان كانت مدخولا بها وفي غير المدخول
بها الطلق واحدة قدمه او آخره فاثر التراخي يظهر عنده في التعليق كانه سكت ثم تكلم وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف اصلا بان قال
ان دخلت فانت طالق واحدة واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق لانه انما تعلق الاول ولغا ما بعده لعدم ما يوجبه تشريكه معه قوله
واما الضرب الثاني وهو الكنايات لما ذكر احكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام وما كان اوضح
اظهر افهاما كان اصلا بالنسبة لما لا وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتواري الاحتمالات عليه وانما
لم يعرف المص الكناية كما عرف الصريح بل ابتدأ فقال وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق الا بالنية الى آخره لاشتهار انها ضد الصريح وحين عرفه علم ان
الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع انه يوخذ رسمها من تعليله حيث قال انها تحتمله وغيره فكان الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم ان يستفسر عن مقصوده
به اما اذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فان القاضي يعتبرها ولا يصدقه في ادعاء ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فانها تحكم بارادة مقتضى
شرعا كما في البيع بالدراهم المطلقة ينصرف الى غالب نقد البلد بدلالة الحال وكذا اذا اطلق نية الحج ينصرف الى الحج الفرض والاصل
ان النية باطنة والحال ظاهر في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في انكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء واما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه سبحانه
اذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المص لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع اما في نفس الامر فلا يقع
الا بالنية مطلقا الا يرى ان انت طالق اذا قال اردت عن وثاق لا يصدقه فيما بينه وبين الله هي زوجته اذا كان نواه قوله لانها غير موضوعة للطلاق
بل موضوعة لما هو اعم من حكمه او منه والاعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا من حد قاته ولا يتعين احدهما الا بمعين وانما يتعين في نفس الامر هو النية
وبالنسبة الى القاضي دلالة الحال فان لم يكن فدعواه ما اراد وانما قلنا اعم من حكمه ولم نقل اعم منه لما سنذكر من انها لم يرد بها سوى الثلث
الرجعية الطلاق اصلا بل ما هو حكمه من البينونة من النكاح فعلى هذا فقول المص بل تحتمله وغيره تساهل لان محتملات اللفظ تستعمل فيها وسنشير الى انه
لم يرد بها الطلاق وتقريره والجواب ان المراد يحتمله متعلقا معناها او واقعا عنده فتدخل الثلث . الرجعية قوله وهي اي الكنايات على ضربين
هذا تقسيم للكنايات وهي تنقسم او لا بحسب ما هي كناية عنه وثانيا باعتبار الواقع بها وما ذكره المص هي القسمة الثانية اما الاولى فتنقسم
الى ما هو كناية عن حكم الطلاق والى ما هو عن تفويضه الثاني نفسان اختاري وامرك بيدك لا يدخل في يدها الا بنية الطلاق فلا يقع الا بقولها
بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي والاول ما سواهما وينقسم الى ما يقع به البائن وهو ما سوى الالفاظ الثلاثة وسنذكر ما فيه والى ما
يقع به الرجعي وهي الالفاظ الثلاث اعتدي استبرئي رحمك وانت واحدة ثم لا يقع به الا واحدة اما الاولى اي كون الاولى وهي كلمة اعتدي كناية فلانها تحتمل
الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى فان نوى الاول تعين ويقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة ولا يخفى ان القول بالاقتضاء
وثبوت الرجعة فيما اذا قال بعد الدخول اما قبله فهو مجاز عن كونه طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب لان شرطه اختصاص المسبب بالسبب وهذا
لا يختص بالطلاق لثبوتها في ام الولد اذا اعتقت ويجاب بان ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو
غير واقع سؤال عدم الاختصاص واعلم انه كما يجب كونها مجازا عن كونه طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي رحمك كذلك في غير المدخول بها
اذا كانت آيسة او صغيرة وما في النوادر من ان وقوع الرجعي بهذا استحسان لحديث سودة يعني انه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها

ولا يعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى ثلثا كان ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة

واقيل والقياس ان يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لان علية البينونة التي في غير الثلثة منتفية فيها فلا يتبعه القياس اصلا نعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي اعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعيين البائن بل تعيين الاخص لعدم الدلالة على الزائد واما الثانية وهي كلمة استبرئي رحمك فلانه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئي لاني طلقتك الا طلاقك يعني اذا علمت خلوه عن الولد وعلى الاول يقع وعلى الثاني لا فلا بد من النية ولا يخفى انها ايضا قبل الدخول مجاز عن كونه في طالقا كاعتدي وكذا في الآيسة والصغيرة الدخول بها كما ذكرنا واما الثالثة وهي انت واحدة فلانها تحتمل ان تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه فكانه قال معنى ذا نواه مع الوصف المذكور فكانه قال انت بحرمة الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره نحو انت واحدة عندي او في قومك عدعاء وذا وقد ظهر ان الطلاق في هذه الالفاظ مقتضى ما هو في اعتدي استبرئي رحمك لانه يقع شرعا بها فثبت اقتضاء ومضمر في واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة اذا كان مضمرا وانه اضعف منه اولى ان لا يقع الا واحدة وفي واحدة ان صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدر المحذوف بالهاء فلا يتجاوز الواحدة واعترض بعضهم على قوله يحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف اي تطليقة واحدة فان فيه تكلفا غير محتاج اليه بل يحتمل ان يراد به منفردة على الزوج سواء لانه لا يرفع احتمال المذكر والتطليق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر لقائل فانت طلاق والطلاق عزيمة الى آخره ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الاربع اذ هن فانتن الطلاق او طلاق وكثير بخلاف التطليق بلفظ انت

منفردة عن الزوج فكان احتمال انت واحدة للمصدر اظهر من احتمالها المنفردة عن الزوج فضلا عن تعيين الثاني قوله ولا يعتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح احترازا عما قال بعضهم ان برفع الواحدة لا يقع شيء وان نوى وان نصبها وقعت واحدة وان لم ينو لانها نعت للمصدر اي انت طالق تطليقة واحدة فقد اوقع بالصريح وان سكن احتاج الى النية وهو الصحيح ان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع الى العامة عليه ولان الرفع يجوز كونه نعتا تطليقة اي انت طلقة واحدة والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر اي انت متكلمة كلمة واحدة وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العربي على صحة الاعراب بل تلك اصناعتهم والعرف نعتهم ولذا ترى اهل العلم في مجاري كلامهم لا يقيمونه قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وان نوى الثلث كانت ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة في هذا لا طلاق نظر بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلث فقد ذكر في انا بري من طلاقك يقع رجعي اذا نوى بخلاف ما اذا قال من طلاقك قاله ابن سلام وفي الخلاصة اختلف في برئت من طلاقك اذا نوى الاصح يقع رجعيا والاوجه عندي ان يقع بائنا لان حقيقة تبريته منه يستلزم عجزه عن الايقاع وهو البينونة بانقضاء العدة او الثلث او عدم الايقاع اصلا وبذلك صار كناية فاذا اراد الاول وقع وصرفا الى احدى البينونتين وهي التي دون الثلث وكذا في الطلاق عليك يقع بالنية وهي تنبك طلاقك اذا نوى يقع رجعيا وكذا قال في بتتك طلاقك اذا قالت اشتريت مني نفسي بدل ثم في البتة اذا لم تكن نية تطلق في القضاء ولو قال نويت ان يكون في يدها لا يصدق وامانيا بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى فان طلقت نفسها في ذلك المجلس طلقت والا فهي زوجته هذا اذا ابتداء الزوج فلو ابتدأت فقالت هب لي طلاقي تريد اعرض عنه فقال وهبت لا يقع وان نوى لانه جوابها فيما طلبت كذا قيل وفيه نظر بل يجب ان يقع اذا نوى لانه لو ابتدأ به ونوى وقع فاذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب واخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو ادرى بنفسه ونيته ويقع رجعيا في خذي طلاقك واقرضتك وكذا في قد شاء الله طلاقك او قضاه او شئت يقع بالنية

وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخليه وبريه ووهبتك لاهلك
وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك واختاري وانت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وانتي الازواج
لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه
وبين الله تعالى الا ان ينويه قال رحمه الله سوى بين هذه الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال ثلثة حالة
مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا ورد ما يصلح جوابا
لا ردا وما يصلح جوابا ورد يصلح سبا وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله في انكار النية لما قلنا
وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وفي القضاء مثل قوله خليه وبريه بائن بتة حرام اعتدي وردي بيدك اختاري

رجعي وهذا مثل قوله انت بائن وبتة وبتلة حرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك بوصل الهمزة وخليه وبريه ووهبتك لاهلك وفارقتك وامرك بيدك واختاري
وانت حرة واعتقتك مثل انت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي بالتين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة وبالزاي المعجمة واخرجي واذهبي وقومي
وانتي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره وتفسير المحتملات غير كاف وحبلك على غاربك تمثيل لانه تشبيه بالصورة المنتزعة من اشياء وهي هيئة
الناقة اذا اريد اطلاقها للرعي وهي ذات رسن فالقي الحبل على غاربها هو ما بين السنام والعنق كيلا تعتقل به اذا كان مطرا وحاصله بهذه الهيئة الاطلاق
انطلاق المرأة عن قيد النكاح او العمل او التصرف من البيع والاجارة والاستيجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صورة الاطلاق وفي وهبتك لاهلك
اذا نوى يقع وان لم يقبلوا لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها في ثبوت
البينونة والحقي باهلك مثله في صيرورتها الى الحالة الاولى وقوله وهبتك لابيك ولابنك مثله بخلاف الاجانب فلا بد من النية اي في الحكم بوقوع الطلاق
الا ان يكون في حالة مذاكرة الطلاق وهو حال سؤالها الطلاق او سؤال اجنبي فيقع في القضاء وان قال اردت غير الطلاق فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى
الا ان ينويه ويستثنى منها اختاري لما نذكره وامرك بيدك قال المصنف سوى القدوري بين هذه الالفاظ وقال لا يصدق حال مذاكرة الطلاق في
القضاء اذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات وهكذا فعل شمس الائمة في المبسوط والمشايخ كفخر الاسلام وغيره قالوا وهذا اي كونه لا يصدق
اذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق انما هو فيما لا يصلح ردا اما ما يصلح له فيصدق اذا ادعى الرد ثم استانف تقسيما ضابطا فقال الاحوال
ثلثة حالة مطلقة وفسر بحالة الرضى وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمنا وحالة الغضب والكنايات ثلثة اقسام ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق اي
التطليق ويصلح ردا له وما يصلح جوابا وشتما ففي حالة الرضا يصدق بالكل اذا قال لم ارد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه
وفي حال المذاكرة للطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا لا ردا كخليه بريه بائن بتة بتلة حرام اعتدي استبري رحمك اختاري امرك بيدك ويصدق فيما يصلح
له ردا مثل اخرجي اذهبي افلحي تقول العرب افلح عني اي اذهب اغربي قومي تقنعي وغيرها كاستتري وتخمري ومعنى الرد في هذه اي اشتغل
بالتقنع الذي هو انفع لك من القناع وكذا اخواه ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا ورد وما يصلح جوابا
وشتيمة لا ردا كخليه بريه بتة بتلة حرام وما يجري مجراه اذ تحتمل خليه عن العيب بريه منه بتة بتلة اي مقطوعة عنه ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون
الرد والشتم كاعتدي اختاري امرك بيدك استبري وعرف مما قدمنا ان اختاري امرك بيدك لا يقع بهما الطلاق الا بالنية وانما عدا
كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الامر في يدها الا بالنية واعلم ان حقيقة التقسيم في الاحوال الى قسمين حالة الرضا وحالة الغضب واما حالة
المذاكرة فتصدق مع كل منهما بل لا يتصور سؤالها الطلاق الا في احدى الحالتين لانهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقرير ان في حالة الرضا
المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل اذا لم يرد الطلاق وفي حالة الرضا المسؤول فيها الطلاق يصدق فيما يصلح ردا لانه لم يرد وفي حالة الغضب المجرد
عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سبا او ردا لانه لم يرد الا السب والرد ولا يصدق فيما يصلح جوابا فقط وفي حالة الغضب المسؤول فيها الطلاق يحتمل
في عدم تصديقه في المتحتمل جوابا سببان المذاكرة والغضب وكذا في قبول قوله فيما يصلح ردا لان كلا من المذاكرة والغضب يستقبل باثبات قبول قوله في
دعوى عدم ارادة الطلاق وفيما يصلح للسبب يغير الغضب باثباته فلا يتغير الاحكام ح فالاولى ان يعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيدي الغضب
والمذاكرة قوله وعن ابي يوسف الخ الحق ابو يوسف بالتي يحتمل السب الفاظا اخرى وهي لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خليت سبيلك فارقتك فهذه

لان الظاهر ان مراده الطلاق عند سوال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا ورد امثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي
تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد اما
الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق
عن ابي يوسف رح في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب

اربعة الفاظ ذكرها الولوالجي وذكرها العتابي خمسة لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الحقي باهلك جبلك على غاربك وفي الايضاح وفي شرح الجامع الصغير
لشمس الائمة ذكر خمسة هي هذه الا انه ذكر مكان جبلك على غاربك فارقتك فتمم ستة الفاظ ووجه احتمالها السب ان لا ملك يعني انت اقل من ان تنسبي الي الملك
ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحقي باهلك كذلك وجبلك على غاربك اي انت مسيبة لا يشتغل احد بتاديبك اذ لا طاقة
لاحد بمجاريتك وفي رواية جامع فخر الاسلام والفوائد الظهيرية ان ابا يوسف الحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة
وهي اعتدي اختاري امرك بيدك وفي شرح مختصر الكرخي قال ابو حنيفة لا سبيل عليك تقنعي استتري اخرجي اذهبي قومي تزوجي لا نكاح لي عليك يدين
في الغضب لان هذه الالفاظ تذكر للابعاد وحالة الغضب يبعد الانسان الزوجة فيه وكذا في حال ذكر الطلاق وهذا لانه لا سبيل لي عليك يحتمل على
طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلقي وانتقلي كالحقي ولا رواية في احرمتك طلاقك ظاهرة وعن ابي يوسف يقع خلافا لمحمد وفي النوازل عن
ابي حنيفة رح يصير الطلاق في يدها لانه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق انشاء كما كان للزوج ولو قال طلاقك علي لا يقع اصلا
وروى الحسن عن ابي حنيفة رح لو قال وهبتك لابيك او لابنك او للازواج فهو طلاق لان المراة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ولو قال لاختك او خالتك
او عمتك او لفلان الاجنبي ونحوه لم يكن طلاقا وان نوى لانها لا ترد بالطلاق عليهم ولو زاد على اذهبي فبيعي ثوبك فلا يقع عند ابي يوسف رح خلافا
لزفر رح لان اذهبي يعمل فيه للطلاق ويبقى الزائد مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق ولابي يوسف رح ان معناه عادة لاجل البيع فكان صريحا خلاف المنوي
من الكنايات تنحي عني فاختفت في لم يبق بيني وبينك عمل تخيل يقع اذا نوى وقيل لا وشبهه لم يبق بيني وبينك شيء وفي اربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع
الا بالنية الا ان يقول خذي ايها شئت ثم عن محمد رح في رواية اسد يقع ثلاث وقال ابن سلام اخاف ان يقع ثلاث لمعاني كلام الناس كانه يريد ان مراد
الناس بمثله اسلكي الطرق الاربعة والا فالمفظ انما يعطى الامر بسلوك احدها والاوجه ان يقال يقع واحدة بائنة ومنها نجوت مني وقال المتاخرون في
وهبتك طلاقك لا يقع وقيل يقع ولا يقع في بعتك طلاقك وان نوى او صفحت عنه ولا اجبت طلاقك او رضيقه او هبته او اردته وان نوى واما طال
بلا قاف فاطلق بعضهم الوقوع وفصل بعضهم فقال مع اسكان اللام يحتاج الى النية ومع كسرها يقع بلا نية والوجه اطلاق التوقف على النية مطلقا لانه بلا قاف
ليس صريحا لعدم غلبة الاستعمال ولا التفخيم لغة جائز في غير النداء فانتفى لغة وعرفا فيصدق قضاء مع اليمين هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق اما في حالها
فيقع قضاء اسكنها او لا وفيه ايضا النظر المذكور لانه ايقاع بلا لفظ له ولا لاعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه وهذا البحث يوجب ان لا يقع به اصلا وان نوى
ومثل هذا البحث يجري في التطليق بالتعبي كانت طالق لانه ليس طلاق ولا كناية لان موضوعها يحتمل اشياء واوضاع هذه المسميات هي حروف ولذا لو قرأ آية
السجدة تهجيا لا يجب السجدة لانه ليس قرآنا ولا مخالف لما تقدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالا عليه وضعا او عرفا وح يقع بالتهجي
في القضاء ولو ادعى عدم النية وكذا بطال بل قاف وفي قوله لآخر احمل اليها طلاقها او خبرها به او بشرها بالطلاق في الحال لان الحمل لا يتحقق قبل المحمول
بينها انت علي كالميتة او الخمر او لحم الخنزير يقع بالنية وفي الكافي للشهيد اذا قال لامرأته هذه عمتي او خالتي او محرم من الرضاع وثبت عليه بان سئل عن ذلك
فاصر عليه فرق بينهما لو قال كذبت او مزحت او وهمت او نسيت يصدق ولا يفرق استحسانا والقياس ان يفرق مطلقا ولا يصدق لانه اقر بالتحريم وجه
الاستحسان ان هذا ايجاب تحريم فلا يقع الا بالدوام عليه ولو قال لها هذه بنتي من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لان الظاهر يكذبه وكذا في حق
الام معروفة وان لم يكن لها نسب معروف وقبلها يولد مثله وثبت عليه فرق وكذا هي اختي واختلف في لست لي بامرأة وما انا لك بزوج فنوى الطلاق

الفرقة وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص بها العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا يتسد عليه باب الندارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها

فيقع عند ابي حنيفة رح وقالا الا لان ففي النكاح ليس طلاقا بل كذب فهو كقوله لم اتزوجك او والله ما انت لي بامرأة او سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا وله انها تحتمله اي لست لي بامرأة لاني طالقتك فيصح نفيه كما في لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة وبعد التسليم نقول بدلالة اليمين انه اراد النفي عن الماضي لا في الحال لان الحالف يكون فيما يدخله الشك لا في انشاء النفي في الحال وقوله لم اتزوجك جحود ولا يحتمل الانشاء واذا الطلاق لا يتصور بلا نكاح وكذا بدلالة السؤال عرف انه اراد النفي في الماضي وفي فتاوى صاحب المنافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ونوى طلاقها يقع عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست اوامانت امرأتي او لست بامانا زوجك عنده يقع بالنية والنياه **وقد يحصل** بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة اصلا لا يقع نوى به او لم ينو وكذا اذا كتب على لوح او حائط او ارض او في كتاب الا انه لا يستبين لا يقع وان نوى به الطلاق لان مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حرف فلو وقع وقع بمجرد النية فان كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فانه ينوى فيه كالكلام الكنى لا يقع الا بالنية لان الانسان قد يكتب مثله للايقاع وقد يكتب لتجربة الخط فان كان صحيحا مبين بنية بلسانه وان كان اخرس بين بنية بكتابة هذا اذا لم يكن خطابا او رسالة فلو كان على رسم كتب الرسالة بان كتب اما بعد يا فلانة فانت طالق او انت حر واذا وصل اليك كتابي فانت طالق فانه يقع به الطلاق والعتاق ولا يصدق في عدم النية كما لو قال انت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر ثم يقع عقيب الكتابة اذا لم يعلقه مثل ان يكتب امرأته طالق او فلانة بخلافه ما اذا كتب اذا وصل اليك فانه لا يقع بدون الوصول اليها وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه اذا وصل اليك كتابي فانت طالق ثم بدا له فمحا ذكر الطلاق منه وانفذه وسطره باقيه وقع اذا وصل ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع وان وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الائمة الثلاثة وما وقع في تفصيل بعضهم من انه اذا محا ما سوى كتابة الطلاق وانفذه فوصل اليها لا يقع فمبني على ان الرسالة المتضمنة للحل والطلاق لا يكون كتابا وفيه نظر وما قيل من انه لو محى اكثر ما قبله فارسله لا يقع البعد من الاول اذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر اكثر الحوائج وليس الامر كذلك ولو كتب الصحيح الى امرأته بطلاقها ثم انكر الكتاب وقامت عليه البينة انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى ان كان لم ينو به الطلاق فهي امرأته ولو كتب اليها اما بعد انت طالق ان شاء الله تعالى ان كان موصولا بكتابته لا تطلق وان كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب ان شاء الله تعالى يقع الطلاق لان المكتوب الى الغائب كالملفوظ كذا في الفتاوى الكبرى للناطفي والخلاصة وفيها منسوبا الى المنتقى اذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه في كتاب آخر او امر غيره حين كتب ولم يمل هو فاتاها الكتابان طلقت طلقتين قضاء وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى وعلى هذا لو وصل احدهما تقع واحدة قضاء وديانة ولا يخفى ان هذا فيما اذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب واما اذا لم يكن معلقا فلا اشكال في انه يقع ثنتين قضاء لا ديانة الا ان ينوي به طلاقا آخر وكلما ذكرناه ثابت في حق الاخرس نحو ان كان يكتب وانما يعرف منه ذلك بان يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية فان كان لا يكتب وله اشارة معلومة يعرفه بها طلاقه ونكاحه وبيعه فهي كالكلام في حقه وان لم يعرف منه ذلك او شك فيه فهو باطل وهذا استحسان والقياس في جميع ذلك انه باطل لانه لا يتكلم وقد ذكر المص احكام الاخرس من هذه في آخر الكتاب قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي رح يقع بها رجعي لان الواقع بها طلاق والطلاق بلا مال يعقب الرجعة بالنص ولا حاجة الى اثبات الاول بانها كنايات عنه حتى اريد هو بها ليدفع بان كونها كنايات مجاز بل عوامل يحقق حقائقها كما سنذكر بل يكتفي بالاتفاق على ان الواقع طلاق والبائن بالنص فان قيل النص انما افاد الرجعة بالطلاق

والشرط تعيين احد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما يصح نية الثلث فيما التنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى

الصريح معناه لان قوله تعالى الطلاق مرتان المعقب بقوله وبعولتهن احق بردهن اعم من الطلاق الصريح وغيره ولان النسبة الى معنى اللفظ لا الى اللفظ غير انه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها اعني نص الاقتداء لما عرف من ان الاقتداء لا تحقق الا بالبينونة والا يذهب بالها ولا يفيد والحاصل ان الكتاب يفيد ان الطلاق يعقب الرجعة الا ما كان على مال او ثلث واستدل المصنف بقوله ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية ولما استقر منع ثبوت الولاية شرعا اثبتها بقوله لحاجة ماسة الى اثبات الابانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عدتها بالمراجعة من غير قصد فقرر بان المشروعات لدفع حاجة العباد والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجته لانه لو ابانها بالثلث عصى ولو طلقها رجعيا يراجعها بما يراه مصلحة في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدي الى استيفاء العدد وهو حرام وفيه سد باب التدارك فشرع له الابانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له امكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ والاوجه في العبارة هكذا قد يحتاج الى الابانة والثلث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم ان يشرع له الابانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة والاقرب الى اللفظ ما قيل انه قد يحتاج الى الابانة كيلا يقع في الرجعة بغير قصد منه بان يفجأ المرأة فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريد ما فيحتاج الى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك فهو لاجل ذلك محتاج الى ان تشرع له الابانة كذلك كيلا تفوت هذه المصلحة ودفع بان هذه مصلحة وثبوت التمكن من اعادتها اذا ظهر له من نفسه طلبها وتغيرا به مع ان الانسان محل التغير مصلحة اخرى اكيدة واكثر ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة اكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده الى مراجعة ومع الابانة لها ان تمتنع فيحصل له ضرر شديد وهذه لا تترتب الا على عدم الابانة فاقتضت عدم شرعيتها بخلاف تلك اذ تمكن تحصيلها مع عدم شرعية الابانة ليسير من الاحتراس من فجاتها مقبلة ونحوه فكان اعتبار منع الابانة اجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الاخرى فان ارادت تخصيص نص عقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالاقتداء ايضا لان التخصيص بالقياس بعد التخصيص النص جائز لم يتم المعنى فيه لم يلزم لان حاجته الى الخلاص بالابانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الابانة على وجه لا يعقب الندم بتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة او تفريق الثلث على الاطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة واذا رجعنا لكراهة الواحدة البائنة في اوائل كتاب الطلاق بعد ما حققنا بسبب تحقق الحاجة الى الابانة من الفطام هذا ولا يخفى ان المنفيين اعني عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة اذا تغيرا به بين باب دفع المفسدة لاجلب المصلحة والوجه في الاستدلال ان يقال لما اثبت الشرع الايقاع بهذه الالفاظ فقد اثبت الابانة لانها معناها وقوله الطلاق مرتان اي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فانه غير مكروه ايضا بلفظ بائن مثلا يقع به البينونة الغليظة بضم واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع به الغليظة وقع به الخفيفة وايضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد اخرج منه ذلك وحين ثبت شرع الايقاع بلفظ بائنة مثبت ايضا اخراج الواحدة البائنة بلا مال يعقب الرجعة لان شرع الايقاع هو جعل اللفظ سببا لوجوب معناه ومعناه البينونة والدلالة على ايقاع الثلث شرعا به تخليفه صلى الله عليه وسلم ابا ركانة حين طلقها البتة انه ما اراد الا واحدة وشرح قوله وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها يعني لا تردد في المراد للقطع بان معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد وكذا البت والبتل القطع والتردد انما هو في متعلقها اعني الوصلة وهي اعم من وصلة النكاح والخيارات والشرب فاذا تعين بالنية على حقيقته وكذا معنى الحرام والخلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة اليه او الى

ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر له لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي فقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وانه بأمر امرأته في العادة باعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه لا ظاهر يكذبه بخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاولين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاولين لم تكن حال مذاكرة الطلاق

غيره من الرجال فاذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه وانما اطلق عليه كناية مجازا للتردد في ذلك المتعلق الذي يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ والوجه ان اطلاق اسم الكناية حقيقة لان الكناية لا تساوي المجاز بل قد تكون حقيقة لانه يتعدد المعنى وقد يكون حقيقة فيها وقد حقق في نحو طويل النجاد وكثير الرماد ان المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد لكن لا يقتصر عليه بل يتعبر منه الى طول القامة وكثرة الاضياف والوجه ان يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق وتحقيقه ان مشتركا يسمى من قبيل المشكل فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك فاذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل حمل كلام زيد وعمرو وغيرهما والوجه ان يقول عوامل بحقائقها او بحقيقة ما استعملت فيه وهذا لان نحو حبلك على غاربك مجاز عن التخلية والترك وهو البينونة وكذا وهبتك لاهلك لتعذر حقيقة الهبة اعني التمليك فهو مجاز عن رددتك على ما قدمناه وقياس الباقي سهل وبهذا ظهر انه لا يراد بها الطلاق بل البينونة لانها هي معنى اللفظ الدائر في الافراد وهي متنوعة الى غليظة وهي المترتبة على الثلث وحقيقة كالمترتبة على الخلع فايهما اراد صح ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال او طالق ثلثا وحاصله ان ما يثبت عند طالق شرعا لازم اعم يثبت عنده وعند هذه الالفاظ والخلع فقولنا يقع بها الطلاق رجعي معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا وانتقاص عدده هو مقتضى وقوع ذلك اللازم واستكماله بذلك وبارسال لفظ الثلاث بل لازم وقع الطلاق وقع اللازم الشرعي لانه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيده ما اسلفنا في فاتحة كتاب الطلاق فارجع اليها فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تاويل وتقرير المص ان الواقع البينونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة وهذا جواب عن قول الشافعي رح وينتقص به وهو بناء على انه غيره وانت تعلم انه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقق زوال الباقي المفسوخ مع عدم الطلاق والجواب ان زوال الوصلة لا بد ان يستتبع في غير الفسخ النقصان والاتفاق على ان الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد قوله ولا تصح نية الثنتين اي بالكنايات عندنا خلافا لزفر رح وقد بيناه من قبل في باب ايقاع الطلاق في التطليق بالمصدر قوله ولو قال لها اعتدي اعتدي اعتدي هذه المسئلة تحتمل وجوها ان ينوي بكل من هذه الالفاظ طلاقا او بالاولى طلاقا والاخيرين حيضا او بالاولى حيضا والاخيرين طلاقا او بالاولين طلاقا والاخير او بالاولى والثانية طلاقا والاخير او بالثانية والثالثة طلاقا او بالاولى حيضا والاخيرين وفي هذه الوجوه الستة تطلق ثلثا او ينوي بالثانية طلاقا والاخيرين او بالاولى طلاقا وبالثانية حيضا والاخيرين او بالاولى طلاقا وبالثالثة حيضا والاخيرين او بالاخيرين طلاقا والاخير او بالاولين حيضا والاخير او بالاولى والثالثة حيضا والاخير او بالاولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا او بالاولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا او بالاولى والثانية حيضا او بالثالثة طلاقا او بالاولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا او بالثانية حيضا والاخيرين وفي هذه احد عشر وجها تطلق ثنتين او ينوي بكل منها حيضا او بالثالثة طلاقا والاخير او بالثالثة حيضا والاخير او بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا والاخير او بالثانية والثالثة حيضا او بالاولى طلاقا وبالاخيرين حيضا والاخير وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة او لم ينو بكل منها شيئا فلا يقع في هذا الوجه شيء والاصل انه اذا نوى الطلاق بواحدة ثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء مما بعدها ويصدق في نية الحيض لظهور الامر باعتداد الحيض عقيب الطلاق واذا لم ينو الطلاق بشيء صح وكذا كل ما قيل المنوي بها ونية الحيض بواحدة غير مسبوقة بواحدة منوي بها الطلاق يقع بها الطلاق ويثبت بها حالة المذاكرة فيجري فيها الحكم المذكور لها بخلاف ما اذا كانت مسبوقة بواحدة اريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق ولا يخفى التخريج بعد هذا وان هذا فيما اذا كان الخطاب مع منهي

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه يمين في الاخبار عن ضميره والقول قول الامين مع يمينه

من ذوات الحيض فلو كانت آيسة او صغيرة فقال اردت بالاول طلاقا وبالباقي تربصا بالاشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التاكيد كانت طالق طالق طالق لا قضاء لانه خلاف الظاهر وعلمت ان المرأة كالقاضي لا يحل لها ان تمكنه من نفسها اذا علمت منه بالظاهر خلاف مدعاه وقد ظهر مما ذكر ان في حال مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السوال وهو خلاف ما قد يعود من انها حال سوالها او سوال الاجنبي طلاقها بل هي اعم من حالة السوال للطلاق ومن مجرد ابتداء الايقاع ثم على هذا القائل ان يقول المذاكرة التي يصير الكناية معها ظاهرة في الايقاع انما هي سوال الطلاق لان ذكر الكناية الصالحة للايقاع دون الرد عقيب سوال الطلاق ظاهر في قصد الايقاع به فيمنع قبول دعواه عدم ارادة الطلاق بخلاف المذاكرة لمعنى الابتداء بايقاع الطلاق مرة فان الايقاع مرة لا يوجب ظهور الايقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح لظاهر في الايقاع حتى لا يقبل قوله في عدم ارادته بالكناية **قوله** وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية انما يصدق مع اليمين الخ قدمنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الالزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين والاقرب انه لنفي التهمة اصله حديث تحليف ركانة المتقدم فرجع طلقها واحدة ثم قال جعلتها بائنا صارت بائنة وقال محمد رح لا تكون الا رجعية ولو قال جعلتها ثلثا صارت ثلاثا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون الا واحدة لان الواحدة لا تكون ثلثا ولمحمد رح في الاول ان جعله الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه قلنا يملك البائن لما ذكرنا تحريرا لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء باصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة فاذا ابانها التحقت باصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان ملكا لاصله ووصفه ولكن الحاق وصفه باصله كتنفيذ عقد الفضولي واعلم ان الصريح يلحق الصريح والبائن عندنا والبائن يلحقه الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا فلو قال لها بعد الخلع انت طالق وقع الطلاق عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ولو قال ان دخلت الدار فانت بائن ينوي الطلاق ثم ابانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر رح اما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب فينوض على وقوع الثالثة بعد الخلع وعن الحذري عنه صلى الله عليه وسلم المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهذا العقد الكلي باق لبقاء احكام النكاح وانما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض ولهذا لحق البائن الصريح بل اولى لبقاء الاستمتاع واما لحوق عدم البائن البائن فلامكان جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغي ان يعتبر ويثبت الحرمة الغليظة لانها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن انها ثابتة فتجعل انشاء ضرورة ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلنا لانه صح تعليقه ولم يكن جعله خبرا من صدر واورد عليه ان مثله لازم في انت طالق انت طالق فلزم ان لا يلحق الصريح الصريح اجيب بانه لا احتمال فيه لان انت طالق متعين للانشاء شرعا ولو قال اردت به الاخبار لا يصدق قضاء وفي مستثنى اذكر انت بائن ثانيا ليجعل خبرا عن الذي وقع اثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق وقد عرف من مبتدا الكلام الذي اطبقوا عليه ان المراد من البائن الذي لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لانه هو الذي ليس ظاهرا في الانشاء في الطلاق وبه يقع الفرق بين الصريح انت طالق انت طالق وانت بائن ولا نهم جعلوه مقابل الصريح ولا يقابله البائن الا اذا كان كناية لان الصريح اعم من البائن لانه لا يحتاج الى نية بائنا كان او لم يقع به رجعيا والكناية ما يحتاج اليها غير انه لا يقع بها في غير الثلاثة الالفاظ اعتدي استبري رحمك انت واحدة الا بائن ونحوها فعلم من الزيادات الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا والصريح يلحق البائن وان لم يكن رجعيا وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا لا يتصور

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

قال اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق فهي تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرجت الامر من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة رضي الله عنهم اجمعين

لان البينونة سابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بابانة فما ذكر من انه اذا ابانها ثم قال لها انت طالق بائن يقع بائن هو ما ذكر من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء وما زاد في تعليل الانفار في هذه المسألة في الحاوي من قوله يقع تصحيحا لكلامه لا معنى له وعلى محمد والانفار اقتصر في اللاحقة ومحله ما ذكرنا وعلى هذا فما وقع في جلب من الخلاف في واقعة وهي ان رجلا بان امرأته ثم طلقها ثلثا في العدة الحق فيه انه لحقها لما سمعت من ان الصريح وان كان بائنا يلحق البائن ومن ان المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما وجه به الوجه وفي المنتقى لو قال ان فعلت كذا فحلال احد علي حرام ثم قال لكذا لامرأة آخر ففعل احدهما وقع طلاق بائن ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين ينبغي ان يقع آخر وقال هذا ينبغي ان يحفظ

تتمة في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لان البينة كذبهما ولو شهدا انه طلق احدى نسائه بعينها ونسياها فشهادتهما باطلة ولو شهدا انه طلق احداهن بغير عينها الزمناه الايقاع على احداهن استحسانا وفي القياس هو الاول ولو شهد شاهد على طلقتين والآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تجوز على طلقتين وتمامه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي ان يضعها على يد عدل حتى تأتي بالآخر لا يفعل ويدفعها الى زوجها فان كان الطلاق بائنا وادعت ان بقية الشهود بالمصر شاهدها عدل فان اجلها ثلاثة ايام وحال بينها وبين زوجها حتى تنظر ما يصنع في شاهدها الآخر فهو حسن ولو دفعها للزوج لا باس به ولو شهد احدهما انه طلقها ثلثا والآخر انه قال انت علي حرام ينوي الطلاق فهي باطلة وكذا لو شهد احدهما انه طلقها ان دخلت الدار وانها دخلت والآخر انه طلقها ان كلمت فلانا وانها كلمته وكذا ان اختلفا في الفاظ الكنايات وكذا في مقادير الشروط الذي علق عليها في التعليق والارسال ومقادير الآجال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها واذا شهد ان قال ان دخلت الدار فلانة فهي طالق وفلانة معها والآخر انه قال وحدها وقد دخلت فلانة تطلق وحدها لانهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ولو شهد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية وكذا اذا شهدا على تطليقة والآخر على واحدة واحدة او على واحدة والآخر على واحدة وعشرين او واحدة ونصف والاصل عنده انها في العطف تصح في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ او مراده بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة احدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لان الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحد ولا بمراده فهما وسياتي هذا الاصل في باب الاختلاف في الشهادة ولو شهدا انه قال فلانة طالق لا بل فلانة والآخر على انه سمى الاولى فقط جازت على الاولى ولو شهدا انه قال طالق الطلاق كله والآخر على انه قال بعض الطلاق لم تجز الشهادة عنده وعندهما تطلق واحدة ولو شهدا انه قال طالق والآخر انه اقر بالطلاق جازت وكذا ان اختلفا في الوقت او المكان او الزمان بان شهدا انه طلقها يوم النحر بمكة والآخر انه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب احدهما ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الايام قدر ما يسير الراكب من الكوفة الى مكة جازت شهادتهما ولو شهد اثنان انه طلق عمرة يوم النحر بالكوفة والآخر انه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ولو جاءت احدى البينتين فقضى بها ثم جاء بالاخرى لم يلتفت اليها واذا قال الرجل لامرأته اشكلت هذا فهي طالق فجاءت كل بينة انها اشكلت تطلقان جميعا وان جاءت احدهما فحكم بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها وان كانت كلتاهما لم تطلقا

باب تفويض الطلاق **فصل في الاختيار** لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة اصناف التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشيئة **قوله** اذا قال لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق يعني ينوي تخييرها فيه او قال لها

ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر

طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك وان طال يوما او اكثر ولم تتبدل بالاعمال فان قامت منه او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها لان المخيرة لها خيار المجلس باجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين قال ابن المنذر اختلفوا في الرجل يخير زوجته فقالت طائفة امرها بيدها فان قامت من مجلسها فلا خيار لها وبهذا القول عن ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان وابن مسعود رضي الله عنهم وفي اسانيدها مقال وبه قال جابر بن عبد الله وقال عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والاوزاعي والشافعي وابو ثور واصحاب الرأي وفيه قول ثان وهو ان امرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره وهذا قول الزهري وقتادة وابي عبيد وابن المنذر ونقول ويدل على صحة قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها لا تعجلي حتى تستأمري ابويك وحكى صاحب المغني هذا القول عن علي فاعترض على نقل الاجماع والجواب ان الرواية عن علي رضي الله عنه لم تستقر فقد روي عنه كقول الجماعة ولذا نص في بلاغات محمد رحمه الله انه قائل بالاقتصار على المجلس قال بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون اجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم وابن من نقل من التابعين لقول الاول ممن نقل عنهم الثاني وقوله في اسانيدها مقال لا يضر بعد تلقي الامة بالقبول مع ان رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة واما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلي الخ فضعيف لانه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخييره ذلك هذا التخيير المتكلم فيه وهو ان توقع بنفسها بل على انها ان اختارت نفسها طلقها الا ترى الى قوله تعالى في الآية التي هي سبب التخيير منه صلى الله عليه وسلم ان كنتن تردن الحيوة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا **قوله** ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تستدعي جوابا في المجلس اورد لو كان تمليكا لم يبق الزوج مالكا للطلاق في ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا كله لاكثر من واحد في زمان واحد وهو منتف فانه لو طلقها بعد التخيير وقع وايضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقي نفسك ثم حلف ان لا يطلقها فطلقت نفسها لا يحنث وقد نص محمد رحمه الله على انه يحنث وهو يقتضي ان تكون ناوية عنده وايضا يصح عندنا توكيل المديون بابراء نفسه وهذا يرد على تعليل كونه تمليكا بانها عاملة لنفسها واجيب بان المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل باختياره وبحيث لا يلحقه اثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله بخلاف الوكيل فانه مخلف ان لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فان تمليك الفعل هكذا ولزوم انتفاء الملك بالتمليك في الاعيان لا في ملك الافعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كالاذن وهو الاختصاص وسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد رح والمنع مذكور في الزيادات لصاحب الهداية واما المديون فوكيل وانما وقع عاملا في الابراء لرب الدين باعتبار امره وثبت اثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته وفي هذا النظر بحرية في تطليقها نفسها بان يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الايقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمنا ولو التزم كون المديون مملوكا لم يصح لانتفاء لازمه لان للدائن ان يرجع قبل الابراء وسنذكر ما هو الاوجه واعلم ان الجواب الذي يستدعيه التمليك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التمليك فليس هذا الوجه مستلزما للمطلوب ولهذا قال في الذخيرة ان هذا التمليك يخالف سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس اذا كانت غائبة ولا يتوقف على القبول فظهر ان التمليك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التمليكات ولكونه تمليكا يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لا لكونه متضمنا معنى التعليق لانه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى اذا بعته فقد اجزته والولايات لتضمنها اذا حكمت بين من شئت فقد اجزته فكان يقتضي ان لا يصح الرجوع والعزل فيها فلا حاجة اليه لهذا المعنى لا لتبنائه على ما ذكرنا لكن اذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بانه يخالف

اذ مجلس الاكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بالتفرق بالابدان لان الاعراض جزء من الصرف والسلم لان للفسخ هناك لا افتراق من غير قبض ثم لابد من النية في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك الايقاع بهذا اللفظ لانه يملك التفويض الى غيره الا انا استحسنا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ولانه بسبيل من ان يستبريهم لكلامها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها يثبت اختيار صاحبها وذلك في البائن ولا يكون الثلاث وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع قال ولا بد من ذكر النفس في كلامه لو نوى كلامه حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه عرف بالاجماع وهو في المفسر من احد الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر وكلامها خرج جوابا للاول فيقتضي اعادته

سائر التمليكات من حيث انه يبقى الى ما وراء المجلس بل بقاؤه وهو الموافق لسائر التمليكات التي ثبت الملك عندنا وانما جاء لفظها بما ذكرناه باعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه اجماع الصحابة واعلم ان الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق بالوقائع الطلاق فنفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره واذا فوض فهي غائبة اعتبر مجلس علمها ولو قال جعلت لها ان تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في هذا اليوم فلو مضى اليوم ثم علمت تخرج الامر عن يدها وكذا لو وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس وليس للزوج ان يرجع قبل انقضاء المجلس لانه بمعنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق **قوله** اذ مجلس الخ لو كانا يتحدثان فاخذا في الاكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الاكل فلو انتقلا الى المناظرة انقضى مجلس الاكل وجاء مجلس المناظرة ولو خيرها طيبت ثوبا او شربت لا يبطل خيارها لان العطش قد يكون شديدا يمنع من التامل ولبس الثوب قد يكون لتدعو اشهودا بخلاف ما لو اكلت ما ليس قليلا او امتشطت او اقامها الزوج قسرا فانه يخرج الامر من يدها لظهور الاعراض به ووجه في الاقامة انها يمكنها ممانعته في القيام او تبادر الزوج باختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الاعراض وكذا اذا خاضت في كلام اخر قال تعالى حتى يخوضوا في حديث غيره افاد انه اعراض عن الاول **قوله** ثم لابد من النية اي نية الطلاق في قوله اختاري لانه يحتمل تخييرها في نفسها بالاقامة على النكاح وعدمه ويحتمل تخييرها في غيره من نفقة او كسوة فاذا اختارت نفسها فانكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه اما اذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم انو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا اذا كانا في غضب واذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة ان تقيم معه الا بنكاح مستقبل **قوله** والقياس ان لا يقع بها شيء لان التمليك فرع ملك المالك وهو لا يملك الايقاع بهذه اللفظة لو قال اخترت نفسي منك واخترتك من نفسي ناويا لا يقع الا انا استحسنا الوقوع باختيارها باجماع الصحابة رضي الله عنهم **قوله** ولانه بسبيل الخ ظاهره انه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقتضي الوقوع بخصوص هذه اللفظة وهو لا يقتضي ذلك وانما يقتضي جواز اقامتها مقامه في الفراق ولا تلاقي بينهما بل يقتضي ان لا يقع به لان اقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الايقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس **قوله** ثم الواقع بها بائن روي عن زيد بن ثابت انه ثلث وبه اخذ مالك في المدخول بها وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة وعن عمر وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم واحدة رجعية وبه اخذ الشافعي واحمد وثبت عن علي رضي الله عنه ان الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغايتين ومنشأ قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ان الكتاب دل على ان الطلاق يعقب الرجعة الا ان تكون الطلقة الثالثة وانت علمت ان اخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم اخراج الطلاق بما دل على البينونة من الالفاظ على ما اسلفناه ولفظ اخترت نفسي بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها اذ اختيارها لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفا من ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم تحصل فائدة التخيير اذا كان له ان يراجعها في الحال شاءت او ابت وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعلي رضي الله عنهما ان الواقع بها بائنة كما روي عنهما الرجعية فاختلفت الرواية عنهما وقد ترجح بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود رضي الله عنهم ثم هو غير متنوع لانه انما يفيد الخلوص والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم بخلاف انت بائن ونحوه فانه يقع الثلث في قوله اختاري وان نواها بخلاف التفويض بقوله امرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لان الامر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من افراده لفظا والمصدر يحتمل نية العموم وقيل الفرق ان الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس باجماع الصحابة واجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة بخلاف تلك المسائل اي بائن ونحوه لان الوقوع يقتضي نفس الالفاظ ومقتضاها البينونة وهي متنوعة وفيه نظر لانعقاد اجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت ان الواقع به ثلث قولا بكمال الاستخلاص **قوله** ولا بد

وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت اخترت لان لها من الاختيارة تبنى من الاختار والاختيار واختيارة نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه
ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق وبالقياس
ان لا تطلق لان هذا مجرد وعد لا يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها انها قالت لان اختار الله ورسوله
واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها والآن هذه الصيغة حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه يتضمن حملة على الحال لانه ليس بحكاية
عن حالة قائمة ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قالت اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى والوسطى والاخيرة طلقت ثلاثا قول ابي حنيفة

من ذكر النفس في كلامه او كلامها يعني او ما يقوم مقامه كالاختيار والتطليقة وكذا اذا قالت اخترت ابي او امي او الازواج او اهلي بعد قوله
اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهرا وكذا اهلي لان الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت اهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج وكذا
تطلق بقول الزوج الحقي باهلك بخلاف قولها اخترت قومي او ذا رحم محرم لا يقع وينبغي ان يحمل على ما اذا كان لها اب او ام اما اذا لم يكن ولها اخ ينبغي
ان يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة اذا عدمت الوالدين وانما اكتفى بذكر هذه الاشياء في احد الكلامين لانها ان كانت في كلامه
يضمن جوابها اعادة كانها قالت فعلت ذلك وان كان في كلامها فقد وجد ما يختص البينونة في اللفظ العامل في الايقاع فالحاجة معه ليس
الا الى نية الزوج فاذا فرض وجودها تمت عليه البينونة فيثبت بخلاف ما اذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لان المبهم لا يفسر المبهم
اذ لفظ مبهم ولذا كان كناية لاحتمال اختاري ما شئت من مال او حال او سكن وغيره وايضا الاجماع انما هو في المفسر من احد الجانبين
والايقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا لامكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد ان نوى الزوج
وقوع الطلاق به وتصادقا عليه لكنه باطل والا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له اصلا كما سيقف وبهذا يبطل اكتفاء الشافعي رح واحمد رح بالنية
مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي لابل زوجي يقع ولو قدمت زوجي لا يقع والوجه عدم صحة الرجوع في الاول
وخروج الامر من يدها في الثاني ولو قالت اخترت نفسي او زوجي لم يقع ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو ما بعده ولو خيرها ثم جعل لها
الخيار على ان تختار نفسها فاختارته لا يقع ولا يجب المال لانه رشوة اذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاعتياض عن ترك حق الشفعة **قوله**
وكذا لو قال اختاري اختيارة الخ يعني ان ذكره الاختيارة في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها فلو لم تزد هي على اخترت وقعت بائنة ووجه بان
الهاء فيها للوحدة واختيارتها نفسها هو الذي يتحد مرة بان قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي فانه انما يقع به واحدة ويتعدد اخرى بان قال لها
اختاري اختاري اختاري او اختاري نفسك ثلث تطليقات او بما شئت فقالت اخترت يقع الثلث فلما قيد بالوحدة ظهر انه اراد تخييرها
في الطلاق فكان مفسرا فالتزام التناقض بانه اثبت هنا امكان تعدد الواقع ولو ثلثا ونفاه فيما تقدم بقوله لان الاختيار لا يتنوع مندفع لانه
لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة الى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر فان قيل اجماع
الصحابة على المفسر ذكر النفس فينبغي ان لا يجوز بقولها اخترت اختيارة او اهلي او نحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا عرف من اجماع الصحابة رضي الله عنهم اعتبار
مفسر انعقاد من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر واما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الالغاء واعتبار المفسر اعم منه حتى تخص بقرينة غير لفظية توجب ما ذكرنا
من الوقوع بلا لفظ صالح ولو اختارت زوجها لا يقع شيء وعن علي تقع رجعية كانه جعل نفس اللفظ ايقاعا لكن قول عائشة رضي الله عنها خيرنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعده علينا شيئا رواه الستة وفي لفظ في الصحيحين فلم يعد ويفيد عدم وقوع شيء **قوله** فقالت انا اختار نفسي
المقصود انها ذكرت بلفظ المضارع كاختار نفسي سواء ذكرت انا او لا ففي القياس لا يقع لانه وعد كما لو قال طلقي نفسك فقالت انا اطلق حيث
لا تطلق وكذا لو قال لعبده اعتق رقبتك فقال انا اعتق لا يعتق وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها في الصحيحين عنها قالت لما امر رسول الله
صلى الله عليه وسلم بتخيير ازواجه بدأ بي فقال اني ذاكر لك امرا فلا عليك ان لا تعجلي حتى تستأمري ابويك وقد علم ان ابوي لم يكونا ليأمراني بفراقه
ثم قال ان الله تعالى قال لي يا ايها النبي قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها الى قوله اجرا عظيما فقلت ففي اي هذا استأمر ابوي فاني اريد الله

ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر لهما ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب ولكن يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد وله ان هذا وصف لغو لان الجمع في الملك لا ترتيب فيه كالجمع في المكان والكلام للترتيب والافراد من ضرورته فاذا الغي حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختياري في ثلث في قولهم جميعا لانها المرة فصارت كما اذا صرحت بهما ولان الاختيار للتاكيد وبدون التاكيد يقع الثلث فمع التاكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي واخترت نفسي بتطليقة

ورسوله والدار الآخرة ثم فعل ازواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت ففي لفظ المسلم بل اختار الله ورسوله واخترن رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لا يقال قد ذكرت ان التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس من المتكلم فيه بل انهن لو اخترن انفسهن لطلقن لان المقصود الاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال وقول المصنف ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال هو احد المذاهب وقيل بالقلب وقيل مشترك بينهما وعلى اعتبار جعله للحال خاصا او مشتركا فالظاهر يرجح هنا لارادة احد مفهوميه اعني الحال القرينة تكون اخبارا عن امر قائم في الحال وذلك يمكن في الاخبار لان محله القلب فيصح الاخبار باللسان عما هو قائم بمحل الحال الاخبار كما في الشهادة وكلمة اشهد بخلاف قولها اطلق نفسي لا يمكن جعله اخبارا عن طلاق قائم لانه انما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في من واحد وهو محال وهذا بناء على ان الايقاع لا يكون بنفس اطلق لانه لا تعارف فيه وقد منا انه لو تعورف جاز ومقتضاه ان يقع به هنا ان تعورف لانه انشاء لا اخبار **قوله** ولا يحتاج الى نية الزوج ولا الى ذكر نفسها ذكره في الذخيرة لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق وهو التعدد وهو انما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج وهذا يفيد عدم الاحتياج اليها في القضاء حتى اذا قال لم اقو لم يلتفت اليه ويفرق بينها لا عدم الاحتياج اليها في الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ويدل على هذا رواية الزيادات باشتراط النية وان كرر وما في الجامع قال اختاري اختاري اختاري بالف ينوي الطلاق فاشترط النية مع المال والتكرار فضلا عن احدهما وهذا لما عرف ان الاحوال شروط لكن في شرح الزيادات لقاضي خان لو كرر فقال امرك بيدك وامرك بيدك بالفاء او الواو فقالت اخترت نفسي وقال الزوج لم انو الطلاق كان القول قوله لان التكرار لا يزيل الابهام وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه وتحقق في المسئلة خلاف بين المشائخ وما ذكره المصنف ذكره الصدر الشهيد والعتابي وغيرهما وشرط ابو معين النسفي النية مع التكرار كقاضيخان وممن من استشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع لبيان ذكر المال ظاهر في ارادة الطلاق فكيف يصدقه القاضي اذا انكر ارادة الطلاق واما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الامر اي يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الامر لان الاصل ان اثبات اجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب انما هو بالنسبة الى نفس الامر وليس كل ما يشترط في نفس الامر يشترط للقضاء غير انا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من انه لو انكر الطلاق بقوله لم انوه فالقول قوله لانتهاض الوجه لان تكرار امره بالاختيار لا يصير مظاهرا في الطلاق لجواز ان يريد اختاري في المال اختاري في المسكن ونحوه وهو كاعتدي اعتدي حيث يصدق في انكار نية الطلاق لامكان ارادة اعتدي نعم الله ومعاصيك ونحوه وما في البدائع لو قال اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقالت نويت بالاولى طلاقا وبالباقيين التاكيد لم يصدق لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط ظاهر وقال في الكافي في مسئلة الكتاب قيل لا بد من ذكر النفس وانما حذف لشهرته لان غرض محمد التصريح دون بيان صحة الجواب وعلى هذا فينبغي ان حذف النية في الجامع الصغير لذلك **قوله** ان ذكر الاولى وما يجري مجراه ان كان لا يفيد الترتيب يعني هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة فان بطل الباقي في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك اعني الثلث التي ملكتها بقوله اختاري ثلث مرات اذ حقيقة الترتيب في الافعال لا الاعيان كما يقال صام رجب لم يجز ابطال الآخر فيجب اعتباره **قوله** والكلام للترتيب ذكر في المبسوط لابي حنيفة رحمه الله وجهين احدهما ان الاولى نعت للمونث فاسند مذكورا بوصفه والمذكور ضمنا الاختيارة وكانها قالت اخترت الاختيارة او المرة الاولى ولو قالت ذلك طلقت ثلثا والآخر انها اتت بالترتيب

فهي واحدة يملك الرجعة لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة ولو قال لها امرك
بيدك في تطليقة واختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي متعقبة للرجعة

فيما لا يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا بالكل وبذا يتم الاشارة اليه بقوله ان هذا وصف لغوا الى قوله في المكان فقوله
والكلام للترتيب لمبتدا وجه يتضمن جواب قولها ان كان لا يفيد من حيث الترتيب الى آخره لا يطابق الوجه الاول والمراد بالكلام لفظ الاولى فان كثيرا
من الاصوليين يطلقه على المفرد وبعضهم ينسبه الى كلهم ثم يرد عليه منع ان الافراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الاولى بل كل منهما
مدلوله ليس احدهما تبعا للآخر حتى اذا انتفى حق الاصل انتفى حق التبع وهو الافراد واذا انتفى بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيبقى وكذا
اختار الطحاوي قولها والجواب بعد تسليم ان الفردية مدلول تضمني فقد يكون احد جزئي المدلول المطابقي هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد
هنا من قوله والافراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك لانه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ
الفردية فيه حقيقيا او اعتباريا كالطائفة الاولى والجماعة الاولى الا من حيث هو متصف بتلك النسبة فاذا بطلت بطل الكلام وقد نسف
بعضهم تعليل ابي حنيفة رحمه الله بان الترتيب ثابت في اللفظ وان لم يكن ثابتا في المعنى فصدق وصفها بالاولى والوسطى الخ باعتبار ان قوله
اختاري اختاري جملة بعد جملة والحاصل من هذا اخترت نفسك الاولى او كلمتك الاولى ولا معنى له اصلا بعد فرض ايراد وصف الطلاق به والبعد
من رام الدفع عنه بان المعنى اخترت الايقاع بكلمتك الاولى لان الايقاع لا يكون بكلمة قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق ولو قال لها اختاري ثلاثا
فقالت اخترت اختيارة او الاختيارة او مرة او بمرة او دفعة او بدفعة او بواحدة او اختيارة واحدة يقع الثلث اتفاقا لانه جواب الكل حتى لو كان بال
لزم كله **قوله** فهي واحدة يملك الرجعة وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والاوضح وشروح الجامع الصغير
وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فان فيه ما في الهداية وجه الصحيح ان الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها
وليس في الرجعي تملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة
كما في تسمية المال فيقع به ما ملكته لانها لا تملك الا ما ملكت الا ترى انه لو امرها بالبائن فاوقعت الرجعي او بالعكس وقع ما امرها به لا ما اوقعته
فان قيل ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصلح طلقت جوابا للاختاري حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جواب طلقي نفسك حتى لا يقع بشيء
الا عند زفر وسنذكر جوابه في فصل الامر باليد **قوله** لكن بتطليقة قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقي نفسك وقد ذكرنا انه لا يقع باخترت جوابا
لطلقي نفسك اجيب بان آخر كلامه لما فسر الاول كان العامل هو المفسر وهو الامر باليد والتخيير وقولها اخترت يصلح جوابا له **فرع** قال انت طالق
ان شئت واختاري فقال شئت واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار ولو قال اختاري اختاري اختاري بالف فقالت اخترت جميع ذلك
وقعت الاوليان بلا شيء والثالثة بالف لانها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشرط وكذا لو قالت اخترت نفسي اختيارة او واحدة او بواحدة
ولو قالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة تطلق ثلثا بالف على قول ابي حنيفة رح وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء ان قالت اخترت الاولى او الوسطى
وبالف ان قالت اخترت الاخيرة ولو قالت طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لان التطليقة اسم للواحد فلا يكون جوابا
عن الكل بل البعض فبعد ذلك تسئل المرأة عن ذلك فان قالت عنيت الاولى او الثانية وقعتا بلا شيء او الثالثة بانت بالف ولو قالت اختاري
واختاري واختاري بالعطف بالالف فالالف مقابل بالثلث للعطف فلو قالت اخترت نفسي بتطليقة لم يقع شيء لان الواحد لو وقعت ثبات البدل
ولم يرضه ولو قالت اخترت الاولى او الثانية او الثالثة وقعت ثلث بالف عنده وعندهما لا يقع لانه لو وقع وقع ثلث الالف ولو قال لها اختاري

فصل في الامر باليد وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير
وتوسط فصلة وتنية فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث وان قالت اخترت نفسي بطلقة فهي واحدة لان الواحدة تصلح جوابا
محذوف وصفها لانه الاختيار وبذلك تنية التطليقة لا ايقاعا فيكون بائنة لان التفويض في البائن ايقاع وكلام المرء يحمل جوابا له فتصير الصفة المذكورة ملغوة
مذكورة في الايقاع وان التنية انما تثبت وقد يريد به لانه يحتمل العموم والخصوص وبنية الثلث تعين العموم والخصوص وبنية الثلث قوله اخترت لانه لا يحتمل العموم وقد حققنا من قبل
وقال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل الليل لان وقت الامر في يومها يبطل بمضي ذلك اليوم وكان مرادها الامر بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما
لو بينا له كما اذا ذكر اليوم بعد كلمة او لا يدخل الليل فكانه امرين بمرة واحدة لا مرتين الا ترى انه لو قال زوجها امرأة ولد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأبيد
والامر باليد يحتمل التأبيد في وقت الامر بالاول ويجعل الثاني للمراد ابتداء ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا دخل الليل في ذلك وان وقت الامر في يومها لا يبقى الامر في يومها هاتين العبارتين
امرا واحدا لانه لم يفصل بين الوقتين المذكورين وقتا من جنسهما يتناوله الكلام وقد بجمع الليل ومجلس الشورى لا يتقطع بمضي الاول بل يمتد الى يومين

من ثلث تطليقات ما شئت فلها اختيار واحدة او ثنتين عند ابي حنيفة رح لا غير لان من للتبعيض وعنده بها تملك ان تطلق نفسها ثلثا لانها للبيان وهي معروفة

فصل في الامر باليد قدم التخيير لتأيده باجماع الصحابة رضي الله عنهم والامر باليد كالتخيير في جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس او ما يقوم مقامه
ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلث فانها تصح ههنا لا في التخيير واعلم ان التفويض بلفظ امرك بيدك
لا يعلم فيه خلاف وصحة قياس واستحسان وكذا صحة التفويض بلفظ اختاري نفسك لانه يملك تطليقها فله ان يملكه بكل لفظ يفهم التفويض له منه ولفظ
اختاري نفسك يفيده فعلى هذا انما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختاري لتأيده باجماع الصحابة رضي الله عنهم نصا بخلافه بلفظ الامر باليد فانه
وان لم يعلم فيه خلاف احد لم يقع به ذلك النقل صريحا وانما افترق البابان في القياس والاستحسان في الايقاع بلفظ الاختيار فان ايقاعها به انما يجوز
استحسانا باجماع الصحابة لا قياسا لان الزوج لا يملك الايقاع به فلا يملك به المملك اذ لا يكون ما في ملكه اوسع مما في ملك مملكه وهذا قياسا وفي البابان فان
ايقاعها بلفظ اخترت نفسي تصح في جواب امرك بيدك كما يصح في اختاري واما الايقاع بلفظ امري بيدي ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا تحتم
حول الحمى ومنزل النزول مخافة **قوله** وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا اي ينوي التفويض في ثلث فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث
لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلثا والوقوع مبني على صحته جوابا فافاد بقوله لكونه اي الامر باليد تمليكا كالتخيير فجوابه
جوابه وهو منقوض بطلقي نفسك فانه تمليك كالتخيير ولا يصح اخترت نفسي جوابا له حتى لا يقع به شيء الا عند زفر رح وجواب شمس الائمة بان الاختيار
اضعف من لفظ الطلاق وكذا لو قالت طلقت نفسي فاجازه جاز ولو قالت اخترت نفسي لا يتوقف ولا يقع وان اجازه ولا يملك هو الايقاع به فصلح
الاقوى جوابا للاضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ثم كون الاقوى يصلح جوابا للاضعف لا عكس يحتاج الى التوجيه ويمكن كونه لان الجواب
العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائقا او مساويا وفرق قاضي خان في شرح الزيادات بان قولها اخترت مبهم وقوله طلقي
نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير في احد الجانبين ثم افاد الثاني بقوله والواحدة اي التي
تعلقت بها صفة الاختيار فصار كانها قالت اخترت نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث وكان الظاهر ان يقول باختيارة واحدة لانه جعلها
وصفا لها لكنه قصد التنبيه على ان موجب وقوع الثلث لو صرحت بقولها باختيارة واحدة كون المراد بمرة واحدة فان الاختيارة ليست الا المرة من الاختيار
واذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الخيار بعده وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بان يقع الثلث ويقال في العرف تركته بمرة واحدة وكرهته
بمرة واعرضت عنه بمرة واحدة وما يحصل من هذا الايراد به الابلوغ ما قيد به من الترك مثلا والكراهة والاعراض منتهاه واورد بعضهم انه ينبغي ان يقع
به طلقة واحدة لان بواحدة تحتمل كونها صفة طلقة ولما جعل امرها بيدها في التطليق فقولها اخترت نفسي بواحدة تحتمل كلا من ارادة الموصوف طلقة
او اختيارة فاذا نوتها ولم تكن له نية تقع واحدة والجواب ان الاحتمالين لم يتساويا فان خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهو هنا
لفظ اخترت في قولها اخترت نفسي بواحدة بخلاف ما اذا اجابت بطلقت نفسي واحدة حيث يقدر الطلقة وهو بخصوص العامل ايضا وبهذا وقع الفرق بين جوابها
بطلقت نفسي واحدة حيث تقع واحدة بائنة فاخترت نفسي بواحدة حيث تقع ثلث وانما كان التطليقة بائنة لان التفويض انما يكون في البائن لانه يملك
امرها وانما تملكه بالبائن لا بالرجعي واذا علم ان الامر باليد حمايراد به الثلث فاذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلثا
في الجواب يحلف انه اراد به الثلث **قوله** وقد حققناه من قبل اي في فصل الاختيار لقوله الاختيار لا يتنوع **قوله** ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد

وعن ابي حنيفة رح انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كالايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد وكذا اذا اختارت زوجها يرد الامر لان التخيير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما

لم يدخل فيه الليل الخ حاصله ان قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين احدهما انها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثاني عدم ملكها في الليل وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا يملك طلاق نفسها غدا اي نهارا وتملكه ليلا والفرق مبني على انه تمليك واحد في اليوم وغدا او تمليكان في اليوم وبعد غد وجعله وزفر رح في الكل تمليكا واحدا لم يثبت الخيار بعد الغد اذا ردته اليوم قياسا على طلاق اليوم وبعد غد حيث لا يقع الا طلاق واحد فكذا يكون هنا امر واحد وعلى امرك بيدك اليوم وغدا قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت فاذا وقع يقتصر على الثاني جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضي طلاقا آخر اما الامر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير ان عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لها ظاهر في قصد تقييد الامر المذكور بالاول وتقييد امر آخر بالثاني والا لم تكن لهذه الطفرة معنى واذا كان كذلك يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع الى ما بعده في الحكم المذكور لانه صار عطف جملة اي امرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فلو قال امرك بيدك اليوم لا يدخل الليل بخلاف اليوم وغدا فانه لم يفصل بينهما بيوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التمليك الواحد فهو كقوله امرك بيدك في يومين وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا على ان قياس ما روى ابن رستم من انه اذا قال طلاق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه ايضا في طلاق اليوم وبعد غد يثبت فيه الحكم في الغد لانها طالق فيه ايضا بخلاف امرك بيدك اليوم وبعد غد فان الاتفاق على ان لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من كل وجه وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التمليك المضاف الى اليوم وغدا لانه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى اعني قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع **قوله** عن ابي حنيفة في مسئلة امرك بيدك اليوم وغدا انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا رواه ابو يوسف رح عنه ووجهه ان المرأة لا تملك رد ايقاع الزوج لو تجرد فكذا لا تملك رد الامر لانه تمليك يثبت حكمه لها من الملك بالقبول كالايقاع منه وحاصله ان ردها لغو فالحال كما كان فلها ان تختار نفسها في الغد ومقتضى هذا ان لها ان تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه ايضا وصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها في اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الامر من يدها وتحقيق وجه الظاهر ان ثبوت هذا الملك يقتضي شرعا باحد الامور من انقضاء مجلس العلم او الخطاب بلا اختيار شيء او بفعل ما يدل على الاعراض او اختيار ما زوجها فاذا ردت باختيار ما زوجها خرج ملك الايقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ويضاف توقيت التمليك بهذه الى الاجماع على خلاف القياس مع ان توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الاجارة والاوجه تشبيهه بالعارية لوجهين كونه بلا عوض والعارية تمليك المنفعة بلا عوض والثاني ان توقيتها ليس بمدة معينة لان انقضاء المجلس ليس مضبوطا الكمية اذ قد يمتد يوما ويوما او اكثر وكذا اختيار ما زوجها وفعل ما يدل على الاعراض بخلاف الاجارة واما تقريره بان التخيير بين الامرين انما له اختيار احدهما فكما انها اذا اختارت نفسها ليس لها ان تختار زوجها فتعود الى النكاح كذلك اذا اختارت زوجها ليس لها ان تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكتة التي هي مبنى جواز اختيار ما نفسها اعني ان الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد انما يرتد بشرط التمليك وقد قلنا ان هذا التمليك يثبت الملك بالقبول وقد ظهر من وجه الظاهر حمل الرد المذكور في رواية ابي يوسف رحمه الله على اختيار ما زوجها ولا شك انها لا تعرض لما به الرد فيمكن حمل ردها على كونها يكون بلفظ الرد ونحوه بان تقول عقيب الملك تخيير ما رددت التفويض او لا اطلق ويكون هذا اعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستندا فرع في الذخيرة حيث قال لو جعل امرها بيدها او بيد اجنبي يقع لازما فلا يرتد بردهما والمسئلة مروية عن اصحابنا وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموجودة في الامر باليد

وعن ابي يوسف رح انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا على حدة بخلاف ما تقدم وان قال امرك بيدك
يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه
من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فكانت يوما ولم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر
لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف براي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه من قبل

حيث صرح في الرواية انه لا يرتد بالرد وفي الكتاب انه يرتد اعني قوله في قوله امرك بيدك اليوم وغدا وان اردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها
فان المراد برده اختيار زوجها اليوم وحقيقته انتهاء ملكها وهناك المراد ان تقول رددت فلم يبق تدافع لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع
في ذلك حيث نقلوا انه لا يرتد وقالوا ان يرتد بالرد وقفوا بانه يرتد بالرد عند التفويض والمفوض لا يرتد كما اذا اقر بمال الرجل فصدقه ثم رد اقراره لا يصح وحاصله
انه كالابراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الاسقاط او التمليك اما الاسقاط فظاهر واما التمليك فقال تعالى
وان تصدقوا خير لكم سمى الابراء تصدقا وما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول لو قال لامرأته امرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الامر
من يدها وقال في موضع آخر لا يخرج وان كان الطلاق بائنا ووفق بان المزوج فيما اذا كان منجزا وعدمه اذا كان معلقا مثل ان قال اكرتزانم
فامرك بيدك ثم طلقها بائنا ثم خالعها ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الامر بيدها ولو طلقها ثلثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن
المناقضة تصريحهم بصحة اضافة كما في المسئلة الآتية اذا قال لها امرك بيدك يوم يقدم فلان وسياتي الكلام فيها **قوله** وعن ابي يوسف رح انه
اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران حتى لو اختارت زوجها اليوم لها ان تطلق نفسها غدا لانه يثبت لها في الغد تخيير جديد
بعد ذلك التخيير المقتضي باختيارها الزوج قال السرخسي وهو صحيح لانه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف انه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والاصل
استقلال كل كلام وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا فلم يبق تخصيص ابي يوسف رح الا لانه مخرج الفرع المذكور واعلم انه يتفرع على هذا عدم
جواب اختيارها نفسها ليلا فلا تنفصل عنه لانه اثبت لها في يوم مقرون ولا يدخل الليل والثابت في اليوم الذي يليه بامر آخر كقوله امرك بيدك اليوم حيث
يمتد الى الغروب فقط بخلاف قوله امرك بيدك في اليوم انما يتقيد بالمجلس وهو على ما قدمناه من الاصل في انت طالق غدا وفي غد وفي جامع الحماني
امرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو امر واحد في ظاهر الرواية لانها اوقات مترادفة فصار كقوله امرك بيدك ابدا فيتكرر ثلاثا مرة وعن ابي حنيفة رح ثلث
امور لانها اوقات حقيقة **قوله** وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان صح ولها ان تطلق نفسها يوم يقدم وهذا ايضا مما يفارق به سائر التمليكات فانها
لا تصح اضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لانه انما هو تمليك فعل فلا يقتضي لوازم تمليكات الاعيان كما تقدم وقد يخرج على انه من معنى التعليق فان قيل يخالف
ما في شرح الزيادات لقاضيخان لو قال امرك بيدك فطلقي نفسك ثلثا للسنة او ثلاثا اذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلثا للحال ولو قامت
عن مجلسها قبل ان تقول شيئا بطل لان قوله فطلقي نفسك ثلثا تفسير للامر والامر باليد يحتمل الثلث انما لا يحتمل التعليق والاضافة الى وقت السنة لان الامر
باليد يقتضي الملكية والامر على هذا الوجه لا يفيد البينونة في الحال ولا تثبت الملكية ولهذا لو قال امرك بيدك ونوى السنة او التعليق لا يصح فاذا الحقه بما
تفسير اثبت ما لا يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما يحتمله وهو السنة والتعليق فالجواب ان معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التخيير للتعليق لانه ليس من افراده ولا متعلقا به بعد ما ذكر
ان قوله فطلقي نفسك ثلثا للسنة واذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا بلا لفظ ثم لم تعلم بقدومه حتى انقضى يوم قدومه
ودخل الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لا على الوقت مطلقا وقد حققناه من قبل يعني في آخر فصل
اضافة الطلاق وانما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لانه غير ممتد لما حققناه هناك من ان المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف
لانه المقصود **قوله** واذا جعل امرها بيدها او خيرها فكانت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك
من يتصرف براي نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه اي في اول فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو ان التمليك يستقر

ثم اذا كانت تسمع بعتبر مجلسها اذا لم يكن لا تسمع فمجلس علمها بالخبر لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض ولا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة لا حتى في عمل آخر على ما يكيد لا في الخيار وعرج الامر من يرحلها والقيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما كلم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول ولا يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه ويدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس بتقدير به وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فلم تقطع مجلسها للرأي وذكر اذا كانت قاعدة فان كانت ساكتة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه وهذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره انها اذا كانت قاعدة فان كانت لاختيارها لا يبطل لان الانكار انما يكون بالامر فكان اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ولو قالت اذهبوا استشير او اشهدوا انها على خيارها لان استشارة القوي الصوري كالاشهاد للخوف عن الانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في محمل فوقفت فهي على خيارها

جوابا واستدل عليه هنا في المجلس ولم يستدل على انه تمليك بقوله لان المالك هو الذي يتصرف برأي نفسه والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه والا فالوكيل يتصرف برأي نفسه وكأنه تركه لعلم بان التفويض الى الاجنبي تمليك وهو لا يتصرف لنفسه وتحقق ما ذكر في ذلك ليندفع الوكيل في المشيئة ان شاء الله تعالى وقدمنا ما في قوله يستدعي جوابا في المجلس فالصواب اسناد الاقتصار على المجلس الى اجماع الصحابة رضي الله عنهم حيث قالوا لها المجلس **قوله** ثم ان كانت تسمع اي تسمع لفظه بالتخيير اعتبر مجلسها فلك اي مجلس سماعها وان كانت لا تسمع فمجلس علمها على ما ذكرناه لان هذا تمليك فيه معنى التعليق اما انه تمليك فلما تقدم من انها عاملة لنفسها واما ان فيه معنى التعليق فلان الايقاع وان كان من غير الزوج الا ان الوقوع مضاف الى معنى من قبل الزوج فكأنه قال ان طلقت نفسك فانت طالق فيثبت التفويض احكام تترتب على وجه التمليك واحكام على جهة التعليق والظاهر ان كلها مما يمكن ترتبها على التمليك فصحة التوقيت على انه تمليك متفقة وقدمنا ان الحاقها بالعارية اقرب ثم صدور التوقيت ما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول امرك بيدك شهرا او جمعة فيعتبر ابتداؤه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي يتحقق في الحال وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته اول الامر بناء عليه لانه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتمليك على ما ذكرنا انه لا يحتاج الى القبول واما اقتصاره على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف انه تمليك وهو يستدعي جوابا في المجلس وتقدم ان الجواب الذي يستدعيه التمليك في المجلس القبول وليس الكلام فيه بل امتداده في تمام المجلس اثر الملك وارتفاعه بعده ونفس اقتصاره عليه باجماع الصحابة رضي الله عنهم فان قلت قد وقع في كلام بعضهم ان تطليقها نفسها قبول قلنا لا يتم اذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكها لها واما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتمليك لانه لو ثبت لزم الاقتضاء والارضاء فقد ظهر ان جميع الآثار يصح ترتبها على جهة الملك هنا ولا حاجة الى اعتبار جهة التعليق وقولهم لانه قال اذا طلقت نفسك فانت طالق يكون اجراؤه في الوكالة كأنه قال اذا بعت متاعي فقد اجزت بيعك والولاية كان الامام قال له اذا قضيت فقد انفذت قضاءك كما قدمناه والاعتبارات التي لا اثر لها كثيرة دائرة الامكان **قوله** وقوله اي قول محمد رح ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كانت فيه فلو لبست من غير قيام او اكلت قليلا او شربت او قرأت قليلا او سبحت او قالت ادعوا لي ابي استشير او الشهود وما اشبهه مما هو عمل الفرقة من غير ان تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها وما ذكر من هذا مثله في قوله اختاري وطلقي نفسك وانت طالق ان شئت وكذا اذا قال لاجنبي امر امرأتي بيدك فطلقها اذا شئت او ان شئت او اعتق عبدي اذا شئت بخلاف قوله فيه ان شئت لا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق ولو اغتسلت او امتشطت او اختضبت او جامعها يبطل وذكر المرغيناني ان لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الاعراض وقيل يبطل للتبدل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما اذا اقيمت كرها وقيل اذا لم تنتقل لم يبطل وان انتقلت ففيه روايتان ولو نامت قاعدة او كانت تصلي المكتوبة او الوتر فاتمتها او النفل فاتمت ركعتين لا يبطل خيارها ولو قامت الى الشفع الثاني يبطل الا في سنة الظهر عن محمد رح وهو الصحيح ولو قال امرك بيدك فقالت لم لا تطلقني لمبانك فطلقت نفسها طلقت لان قولها لم لا تطلقني ليس ردا فتملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لان قولها لم الى آخره كلام زائد فيتبدل به المجلس وفيه نظر لان الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وانما نفعه في غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق **قوله** والاول اصح اي ما ذكر في الجامع الصغير اصح مما ذكر في غيره وهو الاصل لان من جزئه

في الخلاصة

التعليق

كان

وان سارت بطل خياراها لان سير الدابة وقوفها مضاف اليهما والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقال راكب السفينة وراكب الدابة يقال

فصل في المشيئة

ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وتعين عليها وهذا لان قوله طلقي مثله انواع فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا التعارض نية الثلث وينصرف الى واحدة عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها ايقاع الطلاق وهو رجعي ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد لا اذا كان المنكوحة امة وانه جنس حقيقة وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي والتبت او قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لان الابانة من الفاظ الطلاق لا تنوى به الطلاق او قالت ابنت نفسي فقال الزوج قد اجزت ذلك بانت لكنها موافقة للتفويض في الاصل لا انها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد وثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة وينبغي ان يقع تطليقة رجعية بخلاف الاخيرة لا يقال ليس في الطلاق الا ينوى انه لو قال الزوج اخترت نفسي فقالت قد اخترت نفسي لا يقع شيء لانه تصرف طلاقا لا ايقاع اذ الاصل هو الايقاع والتخيير وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يقع فرق بقولها ابنت نفسي لانه اتت بغيرها وهو من الفاظ الطلاق وان قال طلقي نفسك فليس له ان يرجع منه لانه تخيير فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها باليمين فيمين لازم وتوقيت من جلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة ولا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

امر قد يستبد لاجل التفكر لان الاستثناء والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولانه نوع جلسة فلا تنتهي به الثابت للمجالس **قوله** وان سارت بطل قيل لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لانها لا يمكنها الجواب باسرع من ذلك فلا يتبدل حكما فهذا لان اتحاد المجلس انما يثبت لتصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة او المحمل او لو كانت راكبة فنزلت وتحولت الى دابة اخرى او كانت نازلة فركبت بطل خياراها وفي المحمل يقوده الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لانه والحالة هذه كالسفينة **قوله** والسفينة كالبيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها بل الى غيره من الريح ووقع الماء فيها الجرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس وعن ابي يوسف رحمه الله ان السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خياراها

فصل في المشيئة

قوله ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وتعين عليها سواء اوقعها بلفظ واحد او متفرقا وانما صح ارادة الثلث لان قوله طلقي نفسك سماه افعل فعل التطليق فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير ان العموم في حق الامة ثنتان وفي حق الحرة ثلث وقد تقدم **قوله** وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت اي جميعا ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق وحاصل الفرق بين صحة الجواب بابنت وعدمه باخترت ان المفوض الطلاق والابانة من الفاظه التي تستعمل في ايقاعه كناية فقد اجابت بما فوض اليها بخلاف الاختيار ليس من الفاظ الطلاق لا صريحا ولا كناية ولهذا لو قالت ابتداء ابنت نفسي توقف على اجازته ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه اجازته وانما صار كناية باجماع الصحابة فيما اذا حصل جوابا للتخيير غير انها زادت وصفا تحمل البينونة فيه فيلغو الوصف ويثبت الاصل كما لو قال قد صح جوابا للامر باليد لانا نقول الامر باليد هو التخيير معنى فيثبت جوابا به دلالة فصل اجماعهم على التخيير هذا لان قول امرك بيدك ليس معناه الا انك مخيرة في امرك الذي هو الطلاق بين ايقاعه وعدمه فحيث جعل جوابا للتخيير بلفظ التخيير كان جوابا بمعناه للعلم بان خصوصا للفظ يلغى بخلاف طلقي لانه وصف طلب الطلاق لا التخيير فيه بين عدمه ثم اذا اجابت باخترت نفسي خرج الامر من يدها بالاشتغال بما لا يفيدها في ذلك الامر وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع بجوابها بابنت نفسي لانها اتت بغير ما فوض اليها لان الابانة تغاير الطلاق لحصول كل منهما دون الآخر ويخرج الامر من يدها كما يخرج بقولها اخترت وصار كما لو قال طلقي نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة او قال ثلثا فطلقت اثنتا لا يقع شيء والجواب انها خالفته فيها في الاصل في الاولى ظاهر وكذا في الثانية لان الايقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبرا بخلاف ما نحن فيه لانها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الاصل فلا يعد خلافا اذ الوصف تابع واعلم ان المسئلتين ذكرهما التمرتاشي والخلاف فيهما في الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غير اذ لو وقعت على الموافقة اعني الثلث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة هو الابانة والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافا لزفر الا انه لا اصل في الايقاع والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه بالايخفى **قوله** ولو قال لها طلقي نفسك ليس له ان يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ولو قامت من مجلسها بطل خياراها لانه تمليك الطلاق بخلاف قوله طلقي ضرتك لانه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وكذا قوله لاجنبي طلقها او قول اجنبي لها طلقي فلانه لانها عاملة فيه لغيرها وكذا المديون في ابراء ذمته يقول لدائنه ابرأ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه مضمنا على ما قدمنا والتوكيل استعانة فلو لزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض وقد منا عدم ظهور الفرق بين طلقي وابراء ذمتك اذ كل ما يمكن اعتباره في احدهما يمكن في الآخر وان عدم الرجوع ايضا يتفرع على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على انه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة وانه لا حاجة الى ترتبه على معنى التعليق المستحيل

وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده لان كلمة متى تعم الاوقات كما في الافعال في اي وقت شئت واذا قال الرجل طلق امرأتي فلان يطلقها في المجلس

وبعده ولا رجوع له لانه توكيل واستعانة فلا يملك الرجوع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع اذا قال له بعه ان شئت

في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال زفر رحمه الله هذا والاول سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع اذا قال له بعه ان شئت

وثانيه قيل لانه علقه بالمشيئة ولما ملك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة

لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة وقالا يقع واحدة وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته زيادة فصار

كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدأة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة لا الثلث غير الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة ذكر كيف

فكانت فيها مبتدأة على سبيل الانشاء بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الاولى لانها ملكت الثلث اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت به اوقعت ايها فلغا

لانه يمكن مثله في الوكالات والولايات فلو صح لزم ان لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية واما الاقتصار على المجلس قبل الاجماع على خلاف القياس

قوله وان قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده وكذا اذا شئت واذا ما شئت لما ذكرنا من العموم ويرد على قول في منفقة

في اذا انها عنده بمنزلة ان فلا يقتضي بقاء الامر في يدها وفيه جواب المصنف بانها يمكن ان تعمل ظرفا والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك

وصار كما اذا قال في اي وقت شئت ولانها انما تملك ما ملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبعده يتضح ان هذا اضافة للتمليك

لا تخيير ومن فروع ذلك انها لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذا ذكر المشيئة ويقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا في اول باب ايقاع الطلاق ما يوجب

حمل ما اطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى **قوله** واذا قال الرجل طلق امرأتي فلان يطلقها

في المجلس وبعده وله اي للقائل ان يرجع لان هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم وله ان يرجع فلا يقتصر وللوكيل ان يفعله بعد المجلس بخلاف قوله

لها طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع وقال

زفر رحمه الله هذا والاول وهو قوله للرجل طلق امرأتي بلا ذكر مشيئة سواء لان التصريح بالمشيئة كعدمه لانه وكيل كان او مالكا يتصرف عن مشيئته فصار كما اذا

قال لعبد عبدي هذا ان شئت لا يقتصر وله الرجوع اجيب بان ليس الكلام في هذه المشيئة التي بمعنى عدم الجبر بل في انه اذا ثبت له المشيئة اقتضاء

موجب اللفظ تمليك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة

نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئة كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك بخلاف البيع لانه لا يحتمل التعليق

فيلغو وصف التمليك ويبقى الاذن والتصرف لمقتضى مجرد الاذن لا يقتصر على المجلس قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه لو كان

بالبيع وهي تقبل التعليق وكانه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بادنى تأمل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس

قوله معلقا بالمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق الوكيل او عدم القبول والرد والى هنا

تم من المصنف انا ملة وصف التمليك مرة بانه يعمل برأي نفسه بخلاف الوكيل ومرة بانه عامل لنفسه بخلافه ومرة بان يعمل مشيئة نفسه وليس

الرأي والمشيئة والعمل لنفسه واحدا فان العمل بالرأي العمل بما يراه اصوب من غيره ان يوخذ في مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته

باختياره ابتداء بلا اعتبار على مطابقة امر امر من غير اعتبار معنى الاصوبية في متعلقها بل هي والارادة يخصصان الشيء بوقت وجوده

والاول تقتضاه بالوكالة وهو منه في بان العامل برأيه هو الذي لا يفعله على رأيه ما يفيده في فعل والترك والوكيل وان كان بوكالة عامة مطلقة

معه ما يغلبه في جانب الترك وهو الزوج خلف الوحد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل ان لم يفعل فانه اذا وكله فرضي كان واحدا بالفعل ما استعانه

به فيه فاذا لم يفعل اخلف الوحد بخلاف الزوجة فانها لا تلتزم مخالفته بترك الطلاق اذ لم يقسرها عليه قاسر شرعي فظهر ان الوكيل ليس عاملا

برأي نفسه مطلقا والثاني بامر المديون بابراء نفسه وقد منا ما في جوابه من النظر ولو تم انتقض بالتفويض الى الاجنبي فانه قطعا ليس

لتطليق زوجة غيره عاملا لنفسه والثالث اقرب والله اعلم فالمعول عليه **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة

لانها ملكت ايقاع الثلث فكان لها ان توقع منها ما شاءت كالزوج نفسه ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة

وقالا يقع واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا وكقوله طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسألة

وان امرها بطلاق يملك الرجعية فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقته رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها انت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قول الزوج واحدة رجعية لغو منه لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فاجابته بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا او رجعيا وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا فكذلك عند ابي حنيفة لان مشيئة الثلث ليست بمشيئة للواحدة واحدة لان مشيئة الثلث مشيئة للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق يبطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي انت المعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى الطلاق لانه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها والنية لا تقل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع اذا نوى لانه ايقاع مبتدأ اذ المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله اردت طلاقك لانه لا ينبئ عن الوجود وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا لامر لم يجئ بعد لما ذكرنا ان الباقي به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق ويبطل الامر

وانت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي ضرتي وقول العبد في جواب اعتق نفسك اعتقت نفسي فلانا حيث يقع ثلث في الاولى ورجعي في الثانية والثالثة وتطلق هي وتعتق هو دون من قرناه ولابي حنيفة رح انها انت بغير ما فوض اليها مبتدأة فيتوقف على اجازة الزوج وبهذا يخرج الجواب عما بعد الاولى من الصور لامتثال السابق ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر ووجهها في انت نفسي ان معناه طلقت نفسي بائنا والباقي طالق وقوله بخلاف الزوج جواب عن الاولى اي الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث وكذا اذا اصرح بها الثلاث في ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه كذا في المسئلة الاولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلثا ملكتها بجميع اجزائها اياها فلم يملك الثلاث لانه انما ملكها الواحدة ثم زادت بما فوض اليها فلم تصح باعتبار ما ملكته ولا باعتبار ما تصرفه عن الامر لعدم الموافقة وحقيقة الفرق انها ملكت الواحدة وهو شيء يفيد الواحدة بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلث فانها تفيد ضده وهذا معنى قوله الثلث اسم لعدد مركب مجتمع الوحدان والواحد لا تركيب فيه فكان بينهما تضاد بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الاولى لانها ملكت الثلث اياها فلم تملك الثلاث لما ذكرنا وهذا التقرير لا يستقيم ايراد ما وقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة يعني فلم تكن بايقاعها موافقة لما ملكها فاعترض بان مذهب اهل السنة ان الجزء من العشرة ليس عينها ولا غيرها واجيب بان ذلك في الامور الموجودة بخلاف نحو الطلاق وانت تعلم ان هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما ان اصطلاح الفلاسفة ان ما ليس عينا فهو غير ولو فرض عدم وضع الاصطلاح اصلا بل عدم وضع لفظ غير لغة لم يتوقف اثبات المطلوب عليه اذ يكفي فيه ان يقال فوض اليها الواحدة وليست الثلاث اياها فلا تكون مفوضة اليها فابراد مثله الزام بجر والاصطلاح وغاية ما يلزم بعد التزامه ان المصنف عبر عما ليس اياه بلفظ غيره مجازا قوله ولو امرها بطلاق يملك رجعتها فطلقت بائنا او امرها بالبائن فطلقت رجعيا وقع ما امر به ومعنى الاول ان يقول طلقي نفسك واحدة ما ملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لانها انت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الاصل ومعنى الثاني ان يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها في الصورتين فاجابتها بعد ذلك الى الاصل الايقاع لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا او مخالفا لاغية به لان الوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله ان المخالفة ان كانت في الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوض به بخلاف ما اذا كانت في الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلقت ثلثا على قول ابي حنيفة رح او فوض ثلثا فطلقت الفا وتقدم تخريج ابنت على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك قوله ولو قال لها طلقي نفسك ثلثا الخ تقدم انه اذا قال طلقي نفسك ثلثا تملك ان تطلق نفسها واحدة وثنتين وثلثا فلو زاد قوله ان شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلاث فكان تفويض الثلث معلقا بشرط هو مشيئتها اياها ولم يوجد الشرط لانها لم تشأ الا واحدة وتقدم انه لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح ويقع واحدة عندهما فلو زاد قوله ان شئت فالخلاف على ما هو عليه فابو حنيفة ره يقول مشيئة الثلث ليست مشيئة للواحدة فلم يوجد الشرط وهما يقولان مشيئة الثلث مشيئة الواحدة كما ان ايقاعها ايقاع الواحدة وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك قوله ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق يبطل الامر لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة منها وهي انت بالمعلقة فما وجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الامر من يدها ولا يقع الطلاق بقوله شئت وان نوى لانه ليس من كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها لانها لم تقل شئت طلاقي ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها فلغا بل بمجرد النية والنية لا عمل في غير المذكور الصالح لما ينوى به

وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى طلقت لان التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما
او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس باكلمة متى ومتى ما فلانها للوقت وهي عامة في الاوقات كلها
كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالاجماع ولو ردت الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت
فلم يكن تمليكا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق

نحو اسقني حتى لو قال كان شئت طلاقك نيويه وقع لان المشيئة تنبئ عن الوجود لانها من الشئ وهو الموجود بخلاف ما لو قال اردت طلاقك لانه لا ينبئ
عن الوجود بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل وغاية الامر ان المشيئة والارادة في صفة العباد مخالفان وفي صفة الله سبحانه مترادفان كما هو اللغة فيهما
مطلقا فلا يدخلها وجود اي يكون الوجود جزء مفهوم احدهما غير ان ما شاء الله كان وكذا ما اراده لان تخلف المراد انما يكون لعجز المريد لا بذات
الارادة لانها ليست الموثرة للوجود لان ذلك خاصية القدرة بل بمعنى انها المخصصة للمقدور والمعلوم وجوده بالوقت والكيفية ثم القدرة
توثر على وفق الارادة غير انه لا يتخلف شئ عن ارادته تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد وعن هذا لو قال اراد الله طلاقك نيويه يقع كما لو قال
شاء الله بخلاف احب الله طلاقك او رضيه لا يقع لانهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود ولو قيل التخصيص بالوقت بالارادة يكون عن طلبه يستلزم
عدم الفرق بين صفة الارادة والكلام نعم فرق بين الطلبين انه في الكلام طلب تكليف وهذا بخلافه ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفا
دائما كما في الطلب المعبر عنه بكره ولو اجيب بان ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الافعال واذ قد ظهر الفرق بين الارادتين لا يكون
فرق ابي حنيفة صرح بين المشيئة والارادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى وبقي الشان في كون المشيئة تنبئ
الوجود في حق العباد للاشتقاق عن الشئ وهو الوجود فيه نظر فان الشئ وان وقع على غير الاعيان الا ان كونه في مفهومه
الوجود اصطلاح طارئ على اللغة فانه لغة يقال للمعدوم والموجود وكون الارادة تنسب الى ما لا يعقل بخلاف المشيئة كما ذكر شمس الائمة
لا اثر له الا لو لم يكن مجازا عقليا او مجاز اللغويا في لفظ الارادة على انه سمع نسبة المشيئة ايضا الى ذلك انشد ابو السكيت في اصطلاح المنطق
يا مرحبا بحمار عفر اذا اتى قربته لما شاء من الشعير والحشيش والماء وهو من شواهد قصر الممدود فتوجيهه ان يعتبر العرف فيه لان يكون العرف
العام من انه الشئ الموجود والمشيئة منه بان يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشئ الكائن مصدر الشاء فانه يقال شاء شيئا على ارادة الحاصل
بالمصدر ثم يشتق منه ولما كان الوجود على هذا محتمل اللفظ لا موجبه احتاج الى النية فلزم الوجود فيها فاذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي
فمعناه اوجدته عن اختيار بخلاف اردت كذا مجردا يفيد عرفا عاما عدم الوجود واحببت طلاقك ورضيته مثل اردته ولو قال شائي طلاقك
ناويا للطلاق فقال شئت وقع ولو قال اريده او اهويه او احبه او ارضيه ينوي الطلاق فقالت اردت احببته اردته هويته رضيته
لا يقع بخلاف ما لو قال اردت او احببت الى آخرها فانه يقع وان لم ينو لانه تعليق لا يفتقر الى النية وهو كقوله ان كنت تحبني تعلق
باخبارها فانه يقع ولم ينو فاذا قالت احببتك وقع **قوله** وان قالت قد شئت ان كان كذا الامر قد مضى كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء او لا مر كائن كشئت ان كان ابي
في الدار وهو فيها طلقت لان التعليق بامر كائن تنجيز قيل يلزم عليه انه لو قال هو كافر ان كنت فعلت كذا وهو يعلم انه قد فعله ان يكفر وهو مشكل
اجيب بان من المشائخ من قال يكفر فالالزام حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن ابي يوسف يفرق بان هذه الالفاظ جعلت كناية
عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بامر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم والاوجه ان الكفر تبدل الاعتقاد وتبدله غير
واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب ان يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل
عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود اللفظ متكلما بقوله هو كافر حقيقة **قوله** ولو قال انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت
ومتى شئت او متى ما شئت فردت بان قالت لا اشاء لا يكون ردا ولها ان تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس باكلمة متى فانها لعموم الاوقات

[illegible]

[illegible] الا بالمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو

[illegible] الزمان لا دخل له بالزمان

[illegible]

هو قال في اي وقت شئت وانا لم يرده برد لانه لم يملكها في الحال شيئا بل اضافه الى وقت مشيئتها فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد وقد
قال ليس هذا تمليكا في حال صلاته صح طلاقها معلقا بشرط مشيئتها فاذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه وانما يصح ما ذكرنا في طلقي نفسك اذا شئت لانا نفرق
بحكم الملك بخلاف الوكالة طلقت نفسي في هذه المسئلة فانه وان وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق بقولها طلقت ايجاد للشرط الذي
هو مشيئة الطلاق على تقدير ان المشيئة تقارن الايجاد ثم لا تملك تطليق نفسها الا مرة واحدة لانها تتم الازمان الا الافعال بخلاف كلما قوله
واما اذا واذا ما فمتى عندنا فانما كان تكرارا كمتى يكون تكرارا لا اذا وعند ابي حنيفة رح وان كانت اذا تستعمل للشرط المجرد عن معنى الزمان
كما تقدم لكنها تستعمل للوقت ايضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ففي قوله انت طالق
اذا دخلت الدار الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق الا بيقين وهو بان يراد به الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق
الا بالموت وفي انت طالق اذا شئت صار الامر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس الا بيقين وهو ان يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها
فلم يصرح فقال اردت مجرد الشرط لنا ان نقول يتقيد بالمجلس كما اذا قال انت طالق ان شئت فانه يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة
على نحو ما تقدم انه اياه اراد وقوله وقد مر يعني في فصل اضافة الطلاق بذا والوجه في تقريره غير هذا وهو ان قوله اذا شئت يحتمل انه تعليق
طلاقها بالشرط هو مشيئتها وانه اضافة الى زمانه وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى اذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بان قالت شئت ذلك الطلاق
او قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان او مضافا لا ما قال المصنف من ان الامر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لان معناه انه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج
بالشك في المراد بانه تحقق الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس او الزمان فلا يخرج كمتى وقد صرح آنفا في متى بعدم ثبوت التمليك قبل المشيئة لانها تملك
في الوقت الذي اشارت فيه فلم يكن تمليكا قبله حتى يرتد بالرد وعلى ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقق الشرط او المضاف اليه الزمان وهو مشيئتها
يقع طلاقا وعلى هذا نقول لهم في قوله انت طالق كلما شئت لهما ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناه تطلق لمباشرة الشرط وتجوز بالتطليق عنه
بان تقول شئت طلاقي او طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط وانما يصح كلما مع في قوله طلقي نفسك كلما شئت قوله الا ان التعليق الخ جواب
عن مقدر هو ان موجب كلما تكرار الافعال ابدا ومقتضاه اذا طلقت نفسها ثلثا وعادت اليه بعد زوج ان تملك طلاقها ايضا وليس لها ذلك
اجاب بانها وان كانت كذلك لكن التفويض انما ينصرف الى الملك القائم لا الى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعدوم فلو انصرف اليه انصرف الى عدم
الملك فاذا قرن الملك بقيد معين لزم ان يستوفيه ثم يكرر التفويض وذلك القدر هو الثلث فاذا طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها
تزوجت آخر وعادت الى الاول ملكت ثلث تطليقات ايضا خلافا لمحمد رح وان عندنا تملك ثنتين لما عرف في مسئلة الهدم قوله وليس لها ان تطلق نفسها
ثنتين بالاتفاق اذ لا يملكه الا الحر ولا يملكه الا الاجماع فلا تملك الا ايقاع جميعا وعلى هذا الاتفاق لو طلقت ثلثا او ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده
لا يقع شيء بناء على ما تقدم من ان ايقاع الثلث ايقاع الواحدة عندهما خلافا له قوله ولو قال انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء
وتقيد بالمجلس لو قالت مشيت فلا مشيئة لها لان كلمة حيث واين للمكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة
فيقتصر على المجلس ورد عليه ان نفي المكان هنا انت طالق شئت وهو يقع الحال كقوله انت طالق وفلت الدار اجيب بانه يجعل الظرف مجازا
عن الشرط لان كلا منهما ظرف من الظرف وهو غير من الغاية بالكلية فاورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي ادوات ما لا يبطل بالقيام كمتى واجيب بان

في حيث عتبار خصوصها وعمومها وان قال لها انت طالق كيف شئت فلها من تطليقة يملك الرجعة مضاءه قبل المشيئة فان قالت قد شئت
واحدة بائنة او ثلثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك ثبت المسابقة بين مشيئتها وارادته اما اذا ارادت ثلثا او واحدة
اراد واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية لانه نفى نصا فيها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية يخبر مشيئتها
فيما قالوا جريا على موجب التخيير قال رضي الله عنه قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رح وعندهما لا يملك الا واحدة فتقع رجعية او بائنة او ثلثا
وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها ليكون لها المشية
في تغيير الاحوال على قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رح ان كلمة كيف للاستفهام يقال كيف اصبحت والتفويض في وضعه يستدعي وجود اصله وجود الطلاق بعده وان قال لها انت طالق
كيف شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما يستعملان بعد تفويض اي على شاءت فان قامت من مجلسها بطل ان ردت الامر كان له الا ان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيتقيد بجواب الحال

الحمل على ان اول الانشاء الباب وصرف الشرط وفيه ابطال بالقيام واعترض في بعض شروح المنار بانه لما تعذر حمل مجازا عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى
الحقيقة اولى انتهى فان اراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى بحيث يحل مقامها المكان وان اراد معنى الظرفية
مطلقا فليس منها اصلا بل اسم الظرف اصطلاح مبني على تشبيه المكان والزمان بالاوعية للاشياء وهي الظرف من لغة **قوله** فموجب اعتباره عموما كما انت
طالق في اي وقت شئت وخصوصا في انت طالق غدا **قوله** ولو قال لها انت طالق كيف شئت طلقت ان كانت غير مدخول بها طلقة بائنة وخرج الامر من
يدها لفوات محله بعدم العدة وان كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية بحر وقوله ذلك شاءت ولا تم ان كانت شئت بائنة او ثلثا وقد نوى الزوج
ذلك يصير كذلك للمطابقة وان اختلفا بان شاءت بائنة والزوج ثلثا او على القلب فهي رجعية لانه نفى مشيئتها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج بالصريح
وهو لا يعمل في جعلها بائنا او ثلثا ولو لم يحضر الزوج نيته لم تذكره في الاصل وتجب ان يعتبر مشيئتها حتى لو شاءت ثلثا او ثنتين ولم ينو الزوج يقع ما اوقعت لا اتفاق
على اختلاف الاصلين اما على اصلهما فلانها بتمام نفسها في اثبات الوصف لان كيفية للحال والزوج لو اوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلثا عند ابي حنيفة
كذا الارادة عنده التفويض تملك الجعل لما وقع كذلك واما عندهما فكذا يملك ايقاع البائن والثلث لانه تفويض اصل الطلاق اليها على اي صفة شاءت
كذا في الكافي وهذا الذي ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول ابي حنيفة رح واما عندهما فانما لم تقع شيء وعلى هذا الخلاف انت حر كيف شئت
وقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة والاصل ان اصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل صفته وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها وما قيل ان
العتق لا كيفية له فيتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف وترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الطلاق وعدم كيفيته زائدة على اصل العتق ممنوع
بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه مطلقا او منجزا على مال مجعول على وجه التدبير وغيره مطلقا عما يأتي من الزمان ومقيدا به **قوله** فلا بد من تعليق اصل
الطلاق بمشيئتها لانه لو لم يتعلق بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف بمشيئتها
وقد كان كل وصف بمشيئتها فلا خلف والا لم يقع حقيقة يقول حقيقة قوله انت طالق تخيير لاصل الطلاق عاجلا صفته على مشيئتها ومن ضرورة اثبات
اصله اثبات وصفه الرجعة وكان في نفس كلامه هذا مخصصا لبعض الاوصاف من عمومها لبقي امران الامر الاول تخصيص العام للمحافظة على
حقيقة اللفظ التي هي تخيير اصل الطلاق واعتبار اصله سابقا للمحافظة على حقيقة العموم والنظر في ترجيح الاول لان تخصيص العام اغلب
من اعتبار المنجز مطلقا لانه لا يكاد يثبت واما ما رجح به في الكافي من ان بتقدير قولها يبطل الاستيصاف والكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل
فانما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف ولا يخفى ان معنى الاستخبار بها غير مراد اصلا بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئتها كقوله
تعالى افلا ينظرون الى الابل كيف خلقت اي ينظرون الى كيفية خلقها فان قلت فلم يعتبر كيف شرطا وهو احد استعمالها فيترجح قولهما لان
تعليق اصل الطلاق حقيقة للفظ فالجواب لا يجوز لان شرط شرطيتها اتفاق فعلي الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع اصنع وما قيل في
توجيه قولهما لان الحسوس حاله واصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض فليس احدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق
ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الاصلية والفرعية فاذا تعلق احدهما بمشيئتها تعلق الآخر فما صله ذكر منه آخر غير ما تقدم
من ضرورة تعلق الاصل لما ذكرنا وهو ضعيف اذ المبنى ليس الا التلازم فما ثبت لاحدهما يثبت للآخر والا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك فالتقرير ما قررنا
قوله ولو قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت واحدة او ثنتين او ثلثا وتعلق اصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق بخلاف مشيئة

ان اعتبارا اصله سابقا بدون استخبار او بدون الارادة ملاحظة

وان قال لها طلقي نفسك من ثلث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلثا عند ابي حنيفة رح ولا تطلق ثلثا ان شاءت لان
كلمة في ما لمحكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتعميد فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت

كيف شئت على قوله هذا لان كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس الا العدد واذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع
شيء ما لم تشاء والقياس ان لا يباح لها ان تطلق نفسها ثلثا لما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يباح لها في شيء التخيير ووجهه ما ذكر
في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية قال لو طلقت نفسها ثلثا على قولهما او ثنتين على قول ابي حنيفة رح لا يكره لانها مضطرة الى ذلك لانها
لو فرقت خرج الامر من يدها بخلاف ما لو وقع الزوج ذلك وعلى هذا فما في اصل هداية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله ان شاءت طلقت نفسها
واحدة او ثنتين او ثلثا ما لم تقم من مجلسها ما لا يحتاج الى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما مر لهم
من اطلاق العدد وارادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره واورد عليه ان كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو ما دام فوقع الشك في تفويض
العدد فلا يثبت اجيب بانه معارض بالمثل بان يقال لو اعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ولو اعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته
فيما وراء المجلس فلا يثبت فيه بالشك فتعارضا وترجح اعتبارها للعدد وبان التفويض تمليك مقتصر على المجلس ما لم يكن موقتا وانما يكون لو كانت موجبة
بمعنى العدد ولانه المتبادر من ذلك بخلاف الزمان فانه انما يتبادر حالة وصلها بدام ثم ان اردت الامر بان قالت لا اطلق كان دالا ان هذا امر واحد بخلاف
في كلما وقوله خطاب في الحال احترازا عن اذا ومتى يعني هذا تمليك منجز غير مضاف الى وقت في المستقبل فاقتضى جوابا في الحال **قوله** وان قال لها طلقي نفسك

من ثلث ما شئت فلها ان تطلق واحدة وثنتين بالاتفاق واختلفوا في الثلث فلا تطلق عند ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي واحمد رح وتطلق عندهما
ان شاءت لان كلمة ما لمحكمة في العموم وكلمة من تستعمل للتمييز اي للبيان كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان وغيره صلة لينفر لكم من ذنوبكم وتبعيضا نحو كلت
من الرغيف فيحمل على تمييز الجنس محافظة على عموم ما الا بيان الجنس بخلاف ما لو حملت على التبعيض يعني فيكون بيان المراد الثلث من الطلاق دون سائر الاعداد منه
وان كان لا يتصور في الطلاق عددا الا الثلث فذاك شرعا اما في الامكان فيمكن ان تطلق عشرين مائة وغيرهما وان كان حكمه الشرعي المنع فالمعنى طلقي نفسك العدد
الذي هو الثلث دون سائر الاعداد وعلى قولهما يكون التفويض في الثلث خاصة فصح تطليقها واحدة باعتبار ما دخلت فيه كما تقدم في طلقي نفسك
ثلثا كما لو قال كل من طعامي ما شئت له اكل الكل وطلق من نسائي ما شاءت فشاءت كلهن له ان يطلقهن بخلاف ما اذا حملناها على التبعيض فانه حينئذ يبطل عموم ما ولابي حنيفة
ان كلمة من حقيقة في التبعيض اذا دخل على ذي البعض والطلاق منه وما للتعميم فيعمل بهما بمن في معناها في شأنه وبما في عموم مخصوص ضرورة
اعمال من في معناها في شأنه بخلاف حمل من على البيان فان ضابطه صحة وضع الذي مكانها ووصلها بمدخولها مع ضمير منفصل مثاله
فاجتنبوا الرجس من الاوثان الرجس الذي هو الاوثان ولا يحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلث فان ما موصولة معرفة فلا بد من كونه موصوفة
معرفة وهو هنا العدد فانحل الى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي
شاءت او تشاؤه وانه هو الثلث فيكون التفويض ابتداء انما هو في الثلث وانما تملك ان تطلق نفسها واحدة لانه جزء ما ملكته بالتفويض كقوله
طلقي نفسك ثنتا لها ان تطلق واحدة وليس المعنى على هذا بخلاف التبعيض حيث لا يستلزم سبق اذا المعنى طلقي نفسك ما شئته وعلى ان ما نكرة موصوفة
بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الراجع المحذوف قيد في العدد ومثل من ابهامه تفسير صحيح قال الله تعالى فطلقوهن ثلثا الا ان تشائي واحدة
فشاءت واحدة طلقت واحدة وقال محمد رح لا يقع شيء لان معناه ان لم تشائي واحدة فانت طالق ثلثا فاذا شاءت واحدة لا يقع شيء ولابي يوسف رح
انه اثبت لها مشيئة الواحدة فاذا شاءتها تقع ولو قال طلقتها ان شاء الله وشئت وانت طالق ان شاء الله وان شاء الله فلان لا يقع بالمشيئة شيء من فلان

ولابي حنيفة رح ان كلمة من حقيقة للتبعيض وبيانية للتعميم فيعمل بهما وفي استشهاده به ترك التبعيض لان الاذن
اظهار المساحة او تعميم الصفة وهي المشيئة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

لانه عطف على باطل فيبطل ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها اذا او متى شئت لان حين للوقت ولو قال ان شئت فانت طالق اذا شئت
او متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الاحوال لانه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في اي وقت شاءت فاذا شاءت
في المجلس صار كانه قال انت طالق اذا شئت لان المعلق كالمرسل عند الشرط ولو قال لامرأتيه ان شئتما فانتما طالقان فشاءت احدهما او شاءتا
طلاق احدهما لا يقع لان الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد ولو قال لاثنتين ان شئتما هي طالق ثلثا فشاء احدهما واحدة والاخرى ثنتين لم يقع شيء
لان الشرط مشيئتهما الثلث بخلاف ما لو قال لهما طلقتما ثلثا فطلقها احدهما واحدة والاخرى ثنتين وقع الثلث لان كل واحد منهما رد ايقاع الثلث
فيصح ايقاعه بعضها ولو قال ان شئت فانت طالق ثم قال لاخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الاولى ان نوى الزوج والا فلا
لانه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك اي كلاهما مملوكان لي فايهما نوى صدق ولو قال طالق ان شئت وابيت او ان شئت
ولم تشائي لم تطلق ابدا لانه جعل المشيئة والاباء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما ولو قال ان شئت وان لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت
بلا مشيئة تطلق ايضا كما لو قال ان دخلت او لم تدخلي اما لو اخر الطلاق فقال ان شئت وان لم تشائي وان شئت وان ابيت فان شاءت
يقع وان ابت يقع وان سكتت حتى قامت من المجلس لا يقع وكذا ان شئت وابيت وفي طالق ان ابيت وكرهت طلاقا فقالت ابيت تطلق
ولو قال ان لم تشائي طلاقك فانت طالق فقالت لا اشاء لا تطلق لان لفظ ابيت لايجاد الفعل الذي هو الاباء وقد وجد واما لفظ لم تشاء فللعدم لا للايجاد
وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا اشاء لان لها ان تشاء من بعد وانما يتحقق بالموت وفي انت طالق واحدة ان شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق
عند ابي يوسف رح ولو قال لها طلقي نفسك وقال لها اخر اعتقي عبدك فبدات بعتق العبد خرج الامر من يدها ولو كان الامر بالعتق زوجها فبدات بالعتق لا يبطل خيارها
في الطلاق وعنه لو قال لها انت طالق ان شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر فان شاءت الساعة وقعت عند الطهر وعلى قياس
قول ابي حنيفة رح ان كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على احدى الروايتين عنه فانه ذكر في باب المشيئة من طلاق الاصل لو قال ان شئت فانت
طالق غدا فالمشيئة اليها للحال بخلاف انت طالق غدا ان شئت فان المشيئة اليها في الغد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح المشيئة اليها
في الغد في الفصلين وقال زفر رح المشيئة للحال فيهما وذكر في الامالي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح على العكس وفي المنتقى برواية بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة رح اذا قال انت طالق غدا ان شئت او انت طالق ان شئت غدا لها المشيئة غدا وقالا ان قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال وان اخرها
فلها المشيئة غدا وفرع على هذا لو قال اختاري غدا ان شئت او اختاري ان شئت غدا او امرك بيدك غدا ان شئت او امرك بيدك ان شئت غدا فلها المشيئة
في الغد في الحالين عند ابي حنيفة رح وكذا اذا قال طلقي نفسك غدا ان شئت او طلقي نفسك ان شئت غدا وان شئت فطلقي نفسك غدا لم يكن لها ان تطلق
نفسها الا في الغد عنده وقالا ان قدم المشيئة فلها ان تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد انت غدا
طالق ان شئت مضاف الى الساعة شئت كان باطلا انما لها المشيئة في الغد بخلاف قوله ان شئت فانت طالق غدا فان لها المشيئة في مجلسها لان في الثاني
علق بالمشيئة طلاقا مضافا الى غد ولو طلق بالمشيئة طلاقا منجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها فكذا اذا علق بها طلاقا مضافا وفي
الاول بدا باضافة الطلاق الى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فراعى المشيئة في ذلك الوقت روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رح ان في الفصلين
يراعى المشيئة في غد وعند زفر رح تعتبر المشيئة فيهما حالا ولو قال لها انت طالق اذا شئت ان شئت او انت طالق ان شئت اذا شئت فيهما سواء تطلق

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رح لا يقع لقوله عليه السلام لا طلاق قبل النكاح

نفسها متى شاءت وعند ابي يوسف رح ان آخر قوله ان شئت فكذلك وان قدمه فتعتبر المشيئة في الحال فان شاءت في المجلس تطلق نفسها بعد ذلك اذا شاءت ولو قامت من المجلس قبل ان تقول شيئا بطل وقال شمس الائمة ما قدمنا من ان شئت فانت طالق او انت شئت فانت طالق على المجلس والاخرى مطلقة اليها متعلقة بالمشيئة فمتى شاءت بعد هذا طلقت قال وان لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ولا فرق بين ان يقول ان شئت الساعة اذا لم يذكر الساعة ولو قال انت طالق وطالق وطالق ان شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شيء لانه اضاف الثلث وكذا لو قال شئت ثلاثا ولو قال انت طالق ان شئت واحدة وان شئت ثنتين فقالت شئت وقع الثلاث ولو قال اخرجي ان شئت فخرجت الطلاق فشاءت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقني وطلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلث ولو قالت طلقني طلقني طلقني بلا واو تطلق فان نوى واحدة فهي واحدة وان نوى ثلثا فثلث ولو قالت لزوجها تريد ان اطلق نفسي فقال الزوج نعم فقالت طلقت ينظر ان نوى الزوج التفويض فهو ما نوى وان نوى الطلاق يقع طلقة ان استقامت لا يقع

باب الايمان في الطلاق اليمين في الاصل القوة قال ان المقادير بالاوقات نازلة ولا يمين على وفق المقادير اي لا قوة وسميت احد اليدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الاخرى وسمي الحلف بالله تعالى يمينا لافادته القوة على المحلوف عليه من الفعل والترك والحمل عليه بتردد النفس فيه ولا شك في افادة تعليق المكروه للنفس على امر بحيث يترك شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الامر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يمينا قوله واذا اضاف الخ استعملها في الصوم اللغوي فالافعال لا يطلق لانه تعليق لا اضافة قوله وقال الشافعي لا يقع ونقل عن علي وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وبه قال احمد وقال مالك ان خص بلدا او قبيلة او صنفا اذا طلق صح وان عم مطلقا لا يجوز اذ فيه سد باب النكاح وبه قال ربيعة والاوزاعي وابن ابي ليلى الا قال كل امرأة اتزوجها فهي علي كظهر امي فانه يصير مظاهرا مع العموم لان الحرمة ترتفع بالتكفير وعندنا لا فرق بين العموم وبين الخصوص الا ان صحت في العموم مطلق يعني لا فرق بين ان يعلق باداة الشرط او بمعناه وفي المعينة يشترط ان يكون بصريح الشرط فلو قال هذه المرأة التي اتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لانه عرفها بالاشارة فلا يؤثر فيها الصفة اعني اتزوجها بل الصفة فيها لغو وكانه قال هذه طالق بخلاف قوله ان تزوجت هذه فانه يصح ولا بد من التصريح بالسبب في المحيط لو قال كل امرأة اجتمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق وكذا كل جارية اطأها فاشترى جارية فوطئها لا تعتق لان العتق لم يضف الى الملك ولو قال لنصف المرأة التي تزوجتها طالق فزوجه امرأة بامره او بغير امره لا تطلق لان التعليق لم يصح ولو تزوج امرأة على انها طالق لم تطلق لانه تعليق جعله بدلا او شرطا وكذا لو اشترى عبدا على انه حر لا يعتق وبهذا روي عن عمر وابن مسعود وابن عمر يتمسك الشافعي رح بقوله صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح اخرجه ابن ماجة من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح ولا عتق قبل ملك عنده طريق آخر عن علي رضي الله عنه لا طلاق قبل النكاح انتهى وفيه جويبر وهو ضعيف واخرج ابو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حسن وهو حسن شيء روي في هذا الباب واخرج الدارقطني عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم اتزوج فلانة فهي طالق ثلثا قال طلاق ما لا يملك واخرج ايضا عن ابي ثعلبة الخشني قال قال عم لي اعمل لي عملا حتى ازوجك ابنتي فقلت ان تزوجتها فهي طالق ثلثا ثم بدا لي ان اتزوجها فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي تزوجها فانه لا طلاق الا بعد النكاح قال فتزوجتها فولدت له سعدا او سعيدا ولنا ان هذا تعليق لما لا يصح تعليقه وهو الطلاق فيلغو كالعتق والوكالة والابراء وانما قلنا انه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو وذلك لان النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام

ولنا ان هذا تعليق بمعنى الشرط والجزاء فلا يشترط الشرط قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به وقيل ذلك اثر للنص وهو قائم بالتعليق

البصلي فلا يملك جعله سببا لانقطاعها بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لانه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة الى المندوب اما الطلاق فمحظور وانما شرع للحاجة بتباين الاخلاق غلطا لان الحاجة كما تحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج فان النفس قد تدعو الى تزوجها مع علمه بفسادها وسوء عشرتها وتخشى لجاجها وغلبتها فيوسها بتعليق طلاقها تبكيتا لها عن مواقع الضرر فيجب ان يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليقطعها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضي وهو تكلمة بالتعليق لما يصح بلا مانع بل هو اولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر والجواب عن الاحاديث المذكورة اما ما قبل الحديثين الاخيرين فمحمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق اما المعلق فليس به بل له غرضية ان يعبر طلاقا وذلك عند الشرط والحمل ما فوه من السلف كالشعبي والزهري قال عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن الزهري انه قال في رجل كل امرأة تزوجها فهي طالق وكل امة اشتريها فهي حرة هو كما قال فقال له معمر اوليس قد جاء لا طلاق قبل النكاح ولا عتق الا بعد ملك قال انما ذلك ان يقول الرجل امرأة فلان طالق وعبد فلان حر وقول المصنف وغيرهما تصريح لما يفهم من كاف التشبيه المفسرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله ما فوه من السلف يعطي انه ما فوه عن غيرهما ايضا اخرج ابن ابي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي وغيرهم والاسود وابي بكر بن عبد الرحمن وابي بكر بن عمرو بن حزم وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي رضي الله عنهم في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق او يوم اتزوجها فهي طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال وفي لفظ يجوز عليه ذلك وقد نقل هذا ايضا القاضي سعيد بن المسيب وعطاء وجابر بن ابي سليمان وشريح رحمة الله عليهم اجمعين واما الحديثان الاخيران فلا شك في وضعهما قال صاحب تنقيح التحقيق انهما باطلان ففي الاول ابو خالد الواسطي وهو عمرو بن خالد قال وضاع وقال احمد وابن معين كذاب وفي الاخر علي ابن قرين كذبه ابن معين وغيره وقال ابن عدي يسرق الحديث بل ضعف احمد وابو بكر بن العربي القاضي شيخ الصيلي جميع الاحاديث وقال ليس لها اصل في الصحة وكذا ما عمل بها مالك وربيعة والاوزاعي فما قيل لم يرد بالعارضة حتى يترك العمل بها ساقط لان بالترجيح فرع صحة الدليل اولا كيف ومع عدم تقدير الصحة لا دلالة على نفي تعليقه بل على نفي تنجيزه فان قيل لا نفي بجملة على التنجيز لانه ظاهر يعرفه كل احد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتهار حكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا اذا وجد النكاح ففي ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الاحاديث وغيرها نفي لهم بعد ذلك ان يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا فالخروج عن تناول النص بل هو طلاق تاخر عمله الى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار والجواب ان اهل العرف واللغة لا يفهمون ان الطلاق بتعليقه وكذا الشرع لم يعلق الا بطلاق اخر فعلق طلاقها لا يحنث اجماعا وما يؤيد ذلك ما في موطأ مالك ان سعيد بن عمر بن سليم الزرقي سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأة ان هو تزوجها فقال القاسم ان رجلا جعل امرأته عليه كظهر امه ان هو تزوجها فاخرج عن ان هو تزوجها لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بملك ولم ينكر عليه احد فكان اجماعا فالكل واحد والخلاف فيه ايضا وكذا في الايلاء اذا قال ان تزوجتك فوالله لا تزوجك اربعة اشهر يصح فمتى تزوجها يصير موليا فان قيل هذا التعليق انشاء تصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بان قال اذا بلغت فزوجته طالق وتعليق البالغ طلاق الاجنبية بغير الملك قلنا لا بد اولا من بيان المراد فنقول انما هو طلاقا وليس به اذ لا شك في ان لفظ الطلاق والمراد انه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تاخر عمله كالبيع بشرط الخيار وح نقول لا اشكال في ان كون الشيء سببا شرعا للثبوت حكم في محل لا يتصور

وتحريمه محمول على نفي التجنيز محل مقدور من تسلمت كالمنفق فرعها ومنيها ولذا ضافه الى ضد وقع عقيب الشرط مثل ان تمسوك مرة
ان دخلت الدار فانت طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاءه الى وقت وجود الشرط

بدون اتصاله بذلك المحل شرعا اعني ان يعتبر الشرع انه الفعل به سببا للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فان سببيته ليست الا بايجابه
الحكم في محل خلوه لكونه ملزوما للحكم فيجعل حيث حل ولا ريب في ان الشرط يمنع من ذلك للقطع بانه لم يبن انت طالق الآن بل اذا كان كذا
فانت طالق اذ ذاك لا الآن فاذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق فيتنزل بالمحل سببا بخلاف البيع بشرط الخيار لانه لم يعلق البيع على شيء
بل اثبته في الحال غير انه جعل له خيار ان يفسخ ان لم يوافق غرضه رفقابه وهذا لا يمنعه من الوصول في الحال بل تحقق سببيته في الحال لتمامه هذا
التركيب ولما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم اهليته للتعليق كالتنجيز بخلاف البالغ فان افتقاره في التصرف الى المحل
انما هو عند قصد التنجيز فيه للحال وما نحن فيه التزام يمين يقصد بها بالذات البر اعني منع نفسه من تزوجها وهذا يقوم به وحده فتتحقق هذا منع كونه
اهلا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف متقدم عليه الا انه لما كان الحنث احد الجائزين وبتقديره ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية وهما
متنافيتان فان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده ثم رأينا الشرع صححه مكتفيا بظهور قيامه عنده فيما اذا قال المنكوحة
ان دخلت فانت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه اياه مع تيقن قيامه احرى وذلك في التنازع وهو تعليقه بالملك بهذا
حصل الجواب عن الاخير اعني تعليقه في الاجنبية بغير الملك ولذا رأينا الشرع صحح قوله للامة اذا ولدت ولدا فهو حر حتى يتحقق ما تلده مع عدم قيام ملك عتق الولد
قبل الولادة وظهر به ان قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق ولعمري ان حل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف نهاية الايجاز وطلاقه الا تقاله
وقوله وقع عقيب النكاح يفيد ان الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان الطلاق المقارن لا يقع كقوله انت طالق مع نكاحك اذ لا يثبت الشيء منتفيا ومرجع ضمير
اثره تصرف يمين وهو اضافة بيانية اي تصرف هو يمين وكذا هو في قوله وهو قائم بالمتصرف اي فلا حاجة الى اشتراط المحل بل قيام ذمته الحالف في ذلك
كاف وقول مالك سند على نفسه بالنكاح قلنا فاذا يلزم اذ قد يكون علم مصلحته في ذلك دينا لعلمه بغلبة الجور على نفسه او دنيا لعدم يساره ولنفسه
للحاجة فيوسعها على انه يتصور تزويجه عندنا بان يعقد له فضولي ويجيزه وهو كالفضل كسوق المواهب اليها او الوطء واعلم ان مقتضى ما ذكر كون المضاف
لا ينعقد سببا في الحال كالمعلق لكنهم جعلوه سببا في الحال نحو انت طالق يوم تقدم فلان ولا فرق الا ظهور ارادة التكلم الايقاع بخلاف المعلق وان
قصده البر فكان هذا المعنى المنقول صارفا للفظ عن قضيته ولا يعرى عن شيء مع ان نحو انت طالق غدا واذا جاء غد واحد في قصد الايقاع وهم يجعلون
اذا جاء غد تعليقا غير سبب في الحال والآخر سببا في الحال واما قولهم انه يتنزل سببا عند الشرط تطلق او وقع منجزا فالمراد الايقاع حكما ولهذا اذا علق العاقل
الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ولو كان كالملفوظ حقيقة لم يقع لعدم اهليته **فرع** في المنتقى ان تزوجت فلانة فهي طالق وان امرت
من يزوجنيها فهي طالق فامر انسانا ان يزوجها منه طلقت لانها يمينان احدهما على الامر والاخرى على التزوج ولو قال ان تزوجت فلانة وان امرت
من يزوجنيها فهي طالق فامر انسانا فزوجها منه طلقت لان اليمين واحدة والشرط شيئان وقد وجد بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الامر حيث لا تحل
اليمين ولهذا لو تزوجها من غير ان يأمر احدا لا تطلق لانه بعض الشرط فان امر بعد ذلك رجلا فقال زوجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال
الشرط ولو قال ان تزوجت فلانة او امرت انسانا ان يزوجنيها فهي طالق فامر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لانه حنث بالامر قبل تزويج المأمور فانحلت
اليمين فلا وقوع شيء فلا يحنث بتزويجه بعده وعن ابي يوسف رح اذا قال ان تزوجت فلانة او خطبتها فهي طالق فخطبها فتزوجها لا تطلق قال في الكتاب
لانه حنث في الخطبة ضد ليدل على ان اليمين منعقدة وهي رد على من قال اليمين غير منعقدة لان الشرط احدهما فاحدهما بعينه صالح والآخر لا فانه نص على

فيصح يمينا او ايقاعا ولا تقع اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهر الوجود
فيصح يمينا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد حدين والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان
قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها ثم دخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك وما اضافه الى الملك وسببه ولا بد من وجودهما

المثبت حتى لو تزوج قبل الامر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بان قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بالف فقبلت طلقت
وفي فوائد شمس الائمة الحلواني لو قال ان تزوجت فلانة فهي طالق ان تزوجت فلانة فتزوج فلانة لا تطلق فان طلقها ثم تزوجها تطلق ووجهه انه
اشتغل من الشرط على الشرط كقوله ان تزوجتك فانت طالق ان دخلت الدار لا تطلق حتى تتحقق مضمون الشرطين رجل له مطلقة فقال ان تزوجتها
فحلال الله علي حرام فتزوجها تطلق ولو قال لامرأته ان تزوجت عليك ما عشت فحلال الله علي حرام ثم قال ان تزوجت عليك فالطلاق علي واجب ثم تزوج
عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الاولى وتقع اخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها الى ايتهما شاء هذا في النوازل قال في المحيط وفيه نظر وينبغي ان لا تطلق في
اليمين الثانية لان اليمين الثانية تعليق ايجاب الطلاق بالتزويج وانه لا يصح بخلاف تعليق نفس الطلاق وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احدهما يصرف الى ايتهما شاء
ولان اليمين الاولى لما انصرفت الى الطلاق صار كانه قال ان تزوجت فلانة فلك امرأتان يقع على احداهما انتهى وفي نظره نظر اما قوله وينبغي ان لا تطلق في اليمين
الثانية الى آخره فبناء على ان التخيير بالطلاق على واجب ليس بصحيح وانت قد علمت ما في ذلك من الاختلاف وان المختار وقوع الطلاق المذكور في النوازل
بناء عليه واما قوله وينبغي ان يقع باليمين الاولى طلاق احدهما الى آخره فليس بصحيح لان حلال الله عام استغراقي لا بدلي فيشمل الزوجين معا فقد حرمهما
وزن وبرا طلاق ليس مثله لان معناه امرأته وهو انما يتناول الواحدة فتقدير يقع الطلاق على واحدة منهما فاليه تعيينها واذا قال كل امرأة اتزوجها
طالق فزوجه فضولي فاجاز بالفعل بان ساق المهر وبنحوه لا تطلق بخلاف ما اذا وكل به لانتقال العبارة اليه **قوله** فيصح يمينا او ايقاعا اي فيصح التعليق
المذكور يمينا عندنا لانه لا يعمل عندنا في الحال وايقاعا عند الشافعي لانه عنده سبب في الحال **قوله** ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا
او يضيفه الى ملكه لان الجزاء لا بد ان يكون ظاهر الوجود اي ظاهر الوجود عند العقد وقوله وهو القوة اي على الامتناع هنا **قوله** والظهور باحد حدين لفظ
الظهور هنا بالمعنى اللغوي وكذا لفظ ظاهر المذكور آنفا وما كان ظاهر الوجود متعلق الادراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى المعروف في الخاص
وقد يكون على وجه القطع والحاصل ان قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق حين صدر لا يصح جعله ايقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم
معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على الرضا فيه لانه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند العقد لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط لاحتمال ان
لم يكن الامر فيه موقوفا على العاقبة ان تزوجها ظهر كونه يمينا والا فهو على الاحتمال الى ان يموت احدهما لانا نقول تحقق عدم اليمين حال صدوره
لانتفاء حقيقته فانه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا يتحقق يمين في الوجود الا بلفظ آخر وهنا اضافة لزوم نصف المهر ان تزوجها لانه
يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن التزوج خوفا من ذلك وقد اورد على هذا قوله اذا حضت فانت طالق فانه يمين مع انه لا ملك فيه ولا منع بلفظه
واجيب بان العبرة للغالب لا للشاذ **قوله** والاضافة الى سبب الملك يعني التزوج بمنزلة الاضافة اليه قال الشارح المرسيي لا يصح لان الملك ثبت عقيب
سببه فاذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه او لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك مع موتي بخلاف ما اذا
علقه بنفس الملك فانه يتقدم الملك والجواب ما قال محمد ره حمل الكلام على الصحة اولى من الغاية فيكون قد ذكر السبب واراد به المسبب فتقدير قوله
ان تزوجتك ان ملكتك بالتزوج لكن تعليل المصنف بقوله لانه ظاهر عند سببه ينبو عن هذا الا ان يحمل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وهو بعيد
اذ ليس هذا هو موضوعه بل هو في هذا الفن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه انهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لاجنبية ان دخلت الدار
فانت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من انه لم يعتبر تمام الكلام مضمر التصحيح والتقدير ان تزوجتك فدخلت حتى يصح ويقع كما قال ابن ابي ليلى

[illegible]

لان اليمين مذموم في الشرع او غير مطلوب فلا يحتاط في تصحيحه وهذا ينافي ذلك الجواب ويكفي في جواب ابن ابي ليلى قدرة المصنف لكن لا يخفى ورود
ان يقال الاولى ان يراد بالسبب المسبب وبقيمته والاولى تصحيح اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابي ليلى وعلى الثاني يرد ما قال بشر المريسي والاولى
من يدفع ما قال به ابن ابي ليلى بانه لا طريق الى تحقيق تلك الارادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز بخلاف ما نحن فيه وعلى هذا الاكسير المذكور في الكشاف
[illegible] بل الاولى ان يقال الاضافة الى سبب الملك مراد بها الاضافة الى الملك كما اجاب به محمد رح **فرع** لو قال ان تزوجتك فانت طالق قبله
ثم نكحها ابو يوسف رح لانه عاقبه بالنكاح وذكر ما هو وقتا لا يقدر على القيام فيه فلغى ذكر الوقت وبقي التعليق وقالا لا يقع لان المعلق كالملفوظ
عند الشرط ولو قال وقت النكاح انت طالق قبل ان انكحك لا تطلق كذا هذا ولو قال لوالديه ان زوجتما امرأة فهي طالق ثلثا فزوجاه امرأة بغير
امره لا تطلق لان التعليق لم يصح لانه غير مضاف الى تلك النكاح لان تزويج الوالدين بغير امره غير صحيح ولو قال رجل لاجنبية ما دمت في نكاحي
فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق اما اذا قال لها ان تزوجتك فما دمت في نكاحي فكل امرأة اتزوجها فهي طالق فتزوجها
وتزوج غيرها تطلق **قوله** والفاظ الشرط الخ ومن جملتها لو ومن ياي وايان واين ومتى وجميعها تجزم الا لو واذا وقيل تجزم بها اذا زيد بعدها ما في المشهور
انها تجزم باذا في الشعر وكذا لو قال رح لو يشاء طاريه ذو ميعة * لان الشرط مشتق من العلامة يعني اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك
قال تعالى فقد جاء اشراطها اي علاماتها وهذا لان الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا اشتراك بين لفظ علامة وشرط وقوله فتكون
علامات على الحدث والحدث هو وقوع الجزاء فالحاصل ان معنى الفاظ الشرط علامات وجود الجزاء اي تدل على ذلك الذات والا فكل من هذه الالفاظ
لو ايضا كذلك في الجملة فانها لما كان فعل لكذلك كان المفاد بها امتناع الشرط المستلزم لامتناع الجواب نحو لو جاء زيد لاكرمتك فيعرف ان ذلك الفعل
اذا وجد استلزم وجود الجواب لان اللازم يثبت عند الملزوم وعلى هذا فجميع الادوات تفيد الوجود للوجود الا ان لما لما كانت ادخل حيث وصفت
لافادة ان الشرط قد وجد وفرع منه خصت بقولنا صرف وجود لوجود ولو وضعت لافادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود
بالالتزام فخصت بحرف امتناع ولم يذكرها المصنف لان مقصوده هنا فيه اعني التعليق على ما على خطر الوجود ولانها افادت تحقق عدمه فلا يحصل
معنى اليمين وان كان لو قال لو دخلت فانت طالق تعلق الطلاق كما ذكره التمرتاشي ويروى عن ابي يوسف ولكن ليس معناها الاصلي ولا المشهور
ولذا قال بعضهم لا يتعلق وفي الحاوي في فروعه لو قال انت طالق لو تزوجتك تطلق اذا تزوجها وقد ورد في قوله تعالى وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية
الآية فذهب بعض النحويين الى تجويزه واكثر المحققين انها ليست الا للتعليق في الماضي واجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم وكذا لعدم حصول
معنى اليمين في التعليق بما لم يذكرها وذكر كلا ليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بامر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم
الذي اضيف اليه **فرع** قال انت طالق لولا دخولك او لولا ابوك او مهرك لا يقع وكذا في الاخبار بان قال طلقتك بالامس لولا كذا واعلم ان وضع
وجب الفاء لا يحقق التعليق الا بها الا ان يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في الشرح هو الجواب او تضمن الجواب بعده والمقدم دليله والمتقدم
فنظروه من جهة المعنى خلافه من اعتبار الجواب فاذا قال ان دخلت الدار انت طالق وقع للحال فان نوى تعليقه دين وكذا ان نوى تقديمه عن
ابي يوسف ولا يتجزم حملا للكلام على الفائدة فتضمن الفاء كما في قوله من يفعل الحسنات الله يشكرها ودفع بما اذا اجاب لو او فانه يتجزم ويلغو الشرط مع
تمكن تعليقه حتى لو نواه دين وفي الحكم روايتان وذكر في الغاية قال في الدراية ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح ويحمل الواو على الابتداء

قال ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت واتحدت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار بنفسها فوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا يبقاء اليمين بعده لان كلمة كلما انما تقتضي تعميم الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية

وفيه ضعف لان واو الابتداء لا تستعمل الا في اول الكلام ومواضع الفاء جمعت منا ريد في بيت هو هذا الطلبية واسمية وبجازاة وبما ولن وبقد وبالسين واجبت وذكر بعض زيادة على ذلك وايضاحه لبعضهم منظمها في ثلاثة ابيات هي هذه تعلم جواب الشرط حتم قرانه بفاء اذا ما فعله طلبا اتى ؛ كذا جامدا او منفيا كان او بقد ؛ وبرب وسين او بسوف او بريا فتى ؛ او اسمية او كان منفي ما دان ؛ ولن من يجد عا جد دناه قد حتى ؛ ولو اخر الشرط واوخل الفاء في الشرط بان قال انت طالق فان دخلت الدار لا رواية فيه فيمكن ان يقال تنجز لان الفاء صلة ويمكن ان يقال تعلق لان الفاء حرف تعليق قياس الكون في حذف الفاء في موضع وجوبها وذكر الواو مع الجواب ان يكون التنجيز موجب اللفظ الا ان ينوي التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق اذ كل مدلول اللفظ فلا يثبت الا بالنية والفاء وان كان حرف تعليق لكن لا يوجبه الا في محله فلا اثر له هنا ولو قال انت طالق ان تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به وعند ابي يوسف ح لا الا ان ذكره بيان لارادة التعليق ولو قال انت طالق وخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لان ذلك في غير المعينة مثل المرأة التي اتزوجها طالق اما في المعينة فلنوعا ما قدمناه اول الباب ولو قال انت طالق ان دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لانها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وقد ناظر محمد الكسائي في ذلك في مجلس الرشيد فزعم الكسائي انها بمعنى اذا استدلالا بقوله يمنون عليك ان اسلموا وبقوله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الارض وتخر الجبال هدا ان دعوا الرحمن ولد ولقول محمد اولى اذ لا اصل لمعناها كاذ وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيها ولو قال انت طالق وان دخلت طلقت بكل حال لان الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرف في موضعه تقديره وان لم تدخلي وان دخلت وهي الوصلية وتقع في الحال بقوله انت طالق ان دخلت وبقوله ادخلي الدار وانت طالق يتعلق بالدخول لان الحال شرط مثل اذا الى الفا وانت طالق لا تطلق حتى تدخلي قوله ففي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت واتحدت اليمين لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط واذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة اخرى لا اليمين اخرى ولعموم تلك اليمين وليس فليس وقال البعض في متى انها تقتضي التكرار كقوله متى تاته تشتوي ضيوفه ناره تجد خيرا عندها خير موقد والحق انها انما تفيد عموم الاوقات بمعنى ان اي وقت تاتي تجد ذلك ففي متى خرجت فانت طالق المفاد ان اي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فاذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر الا لو افادت التكرار وان مع لفظ ابدا موضوع لفظ متى بانفراده فاذا قال ان تزوجت فلانة ابدا فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق كذا اجاب ابو النصر الدبوسي ومن غرائب المسائل ما في الغاية من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لان الفعل وهو الدخول اضيف الى جماعة فيراد به عمومه عرفا بعد مرة اخرى واستشهد له بقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا افاد العموم ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد وبما ذكر محمد في السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما واستشكل فان العموم في الاول لعموم الصيد المحلى باللام ثم رجع اليه ضمير فمن قتله فصلية جزاؤه فعم لذلك لا لما ذكر وعموم الثاني بدلالة الحال وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل قيل والاولى الاستشهاد بقوله تعالى واذا رايت الذين يخوضون في آياتنا الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد افادت اذن التكرار لعموم الاسم الذي نسب اليه فعل الشرط والاوجه ان العموم بالعلة لا بالصيغة فيها لما فيها من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الاول منع القعود على المشتق منه وهو القتل من الخوض فيتكرر به وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال لاي امرأة اتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة اتزوجها حيث يعم لعموم الصفة واستشكل حيث لم يعم اي امرأة اتزوجها لعموم الصفة قوله لا في كلما يتكرر وهو لطيف مسائلها اذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فانت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان ولو قال كلما وقعت طلاقي عليك فانت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث والفرق

ومن ضرورة التعميم التكرار **قال** فان تزوجها بعد ذلك اي بعد زوج آخر وتكرار الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلث المملوكات في هذا النكاح لم يبق المحل لوقوع بقاء اليمين به والشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفسها للتزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق تحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليه من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور **قال** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط فبقي والجزاء بان لبقاء محله فبقي اليمين ثم اذا وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه منكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فان كل الشرط لا يعلم الا من جهتها فيقبل قولها في حق نفسها مثل ان يقول ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها

ان الشرط في الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر الا ان الطلاق لا يزيد على الثلث فيقتصر عليها وفي الاولى اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر الا ان الطلاق لوجود الشرط فيقع تطليقتان احدهما بحكم الايقاع والاخرى بحكم التعليق **قوله** ومن ضرورة التعميم التكرار اه وفي كل عموم ولا تكرار فانه لو قال كل امرأة اتزوجها طالق فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك لا تطلق واما الوقوع على امرأة اخرى تتزوجها فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط واجيب بان المراد تعميم الافعال والتكرار من ضرورته لانه كما يكون باعتبار القيام بآحاد متعددة يكون بتجدد الامثال من واحد **قوله** ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة ابدا لان الشرط يملك ويوجد في المستقبل وهو غير محصور وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلث فيتبعه جزاؤه وعن ابي يوسف في المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة طلقت فان تزوجها ثانيا لا تطلق الا مرة واحدة ولو قال في ملك المعينة كلما تزوجتك وتزوجت فلانة تكرر واتحد واستوضحه بما اذا قال كلما اشتريت ثوبا او ركبت دابة لا يلزمه ذلك الا مرة واحدة والحاصل ان كلما عند ابي يوسف انما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما اذا انسب فعلها الى منكر فان قلت بينهما فرق فان كل لا يقتضي عموم الاسماء وعموم الافعال تثبت ضرورة وكلما تقتضيه في الافعال وعموم الاسماء تثبت ضرورة فاذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر بنفسه وبقيت فيما سواه من الاسماء وفي كلما اذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الافعال المماثلة سواء تعلقت بالتعلق به الاول او لا قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الاسماء ضرورة ولا حاجة بنا الى النظر الى سببه اذ المقصود انه ثبت العموم في الافعال والاسماء فصار الحاصل كل ما تزوج لكل امرأة وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ما قررنا في ركب القوم ودابهم وحملوا اصابعهم في آذانهم فانهم بالضرورة انما اذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحنث في امرأة واحدة وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسئلتين ويدفع بان انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوي وهو منتف لان دائرة عموم الافعال اوسع لان كثيرا من افرادها يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومه بكلما فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط والله الموفق للصواب اليه المرجع والمآب **قوله** وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا اذا قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق ولا بد من تقييد عدم البطلان بما اذا زال الملك بما دون الثلث اما اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سيأتي ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين الى آخر ما في الكتاب هذا وكما يبطل التعليق بتنجيز الثلث خلافا لزفر رح كذلك يبطل بلحاقه بدار الحرب عند ابي حنيفة رح خلافا لهما حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما وفائدة الخلاف فيما اذا جاء تائبا مسلما فتزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شيء عنده وينقص عندهما **قوله** وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وعلى هذا لو قال ان لم تدخلي اليوم فانت طالق فقالت لم ادخل وقال دخلت فالقول له وان كانت متمسكة بالاصل وهو عدم الدخول ولو قال ان لم اجامعك في حيضتك فانت طالق فقالت لم تجامعني وقال فعلت فالقول له مع انها متمسكة بظاهر من عدم الجماع وحرمته في الحيض الداعية الى عدمه لكونه انكر الطلاق واستحضر هنا نافي النكاح لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله خلافا لزفر له ايضا هذا اصل كلي بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع انت طالق للسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فانكرت فالقول لها ان كانت طاهرة لانه يريد ابطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف اليه اما الاول فان المضاف سبب في الحال واما الثاني فلان الوقت وقت طلاق السنة بالفرض فان

كما قيل في حق العدة والغشيان ولكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذلك لو قال ان كنت تحيضين ان دخلت
في دار جمعة فانت طالق وشهر كحر فقالت احبلت او قال ان كنت تحبلين فانت طالق وهذه معك فقالت احبلك طلقت هي ولم يعتق
العبد ولا تطلق صاحبتها ما لم يلدا ولا يتيقن بكذبها لانها الشرط بعضها ايلاء فتجب التخليص منه بالعزل وفي حقها ان تعلق الحكم بخبرها
وان كانت كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الاصل وهي الشبهة واذا قال لها اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى
يستمر ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم

كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها عليه الائمة رحمهم الله تعالى وعن احمد لا يقع وتخبر بها النساء بدخال قطنة في فرجها
في زمان قالت ذلك ووقع بانها امينة مامورة باظهارها في رحمها بقوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن تحريم كتمانها امر باظهارها
وفائدة الامر بالاظهار ترتيب احكام المظهر وهو فرع قبوله مع ان ادخال القطنة لا توصل الى علم ولا ظن بجواز اخذ دم من خارج تحملت به
قوله لم تطلق فلانة هذا اذا كذبها المولى صدقها طلقت فلانة ايضا وكذا في جميع نظائره **قوله** كما قيل في حق العدة اي انقضائها حتى لو طلقها
طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحمل صدقها قد انقضت انقطع حق الرجعة او قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله
جاز له تزويجها اذا غلب على ظنه صدقها والغشيان اي حل الوطي وحرمته فلو قالت انا حائض حرم او طاهر حل او قالت للمطلق ثلاثا تزوجت
شان وغشيني حلت له لا يقال ما تكون حاضت او لا فعلى الاول يقع عليها وعلى الثاني لا يقع واحدة منها لانا نقول المنظور اليه في حقها شرعا الاخبار
به لانها امينة وفي حق ضرتها حقيقته وشهادتها على ذلك شهادة فرد واخبارها به لا يسري في حقها مع التكذيب لا بعد في ان يقبل قول الانسان
في حق نفسه لا غيره كاحد الورثة اذا اقر بدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه الا يصدقه الباقون والمشتري اذا اقر للبيع المستحق لا يرجع
بالثمن على البائع هذا وانما يقبل قولها اذا اخبرت بالحيض وهو القائم اما بعد الانقطاع فلا لانه ضروري فيشترط قيام الشرط بخلاف قوله ان حضت
حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي في الحيضة لا قبله ولا بعده حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وانا الان حائض بحيضة اخرى لا يقبل قولها
ولا يقع لانها اخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع الا اذا اخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فح يقع وهذا لانها جعلت امينة شرعا فيما تخبر
من الحيض والطهر ضرورة اقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون هي مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة اذا كذبها الزوج ولو قال لامرأتيه
اذا حضتما فانتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا ان يصدقهما فان صدق احدهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلاثا فقال
ذلك فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة منهن فان صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات ولو كن
اربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا ان يصدقهن وكذا ان صدق واحدة او ثنتين وان صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات والاصل ان
حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا وان حاض بعضهن يكون ذلك بعض ما يثبت به الحكم فلا يثبت وان قلن جميعا حضنا
لا يثبت حيض كل واحدة الا في حقها الا ان يصدقها فيثبت في حق الكل وان صدق البعض وكذب البعض نظر فان كانت المكذبة واحدة
طلقت لوجود تمام الشرط في حقها لان قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها في غيرها
فلم يتم الشرط في الغير وان كذب اكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا في حق نفسها وكان الموجود بعض
الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا **قوله** وكذلك اذا قال ان كنت تحبلين ان دخلت اشار الى قوله لما بينا يريد انها امينة في
حق نفسها شاهدة في حق ضرتها وقوله ولا يتيقن بكذبها جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها فانا هنا فكذبها متيقن فكيف
يحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط اجاب بمنع تيقنه فان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وعدم الصبر وسوء الحال الى درجة يحب الموت فيها
فجاز ان يحملها شدة بعضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمني الخلاص منه بالعذاب ولو قال لها ان كنت تحبينني بقلبك فانت طالق
فقالت احبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لان المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب وقال محمد رح

فكان حيضا من الابتداء ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكاملة منها ولهذا جرى
في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق اذا حضت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم
اذا قرن بفعل يمتد يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال لها اذا حضت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت
غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة وفي التقدير تطليقتان
وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت
الجارية اولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا انه حال الانقضاء فاذا في حال يقع واحدة وفي حال
يقع ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والاحتمال والاولى ان ناخذ بالثنتين تانزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين لما بينا

لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان صدقت لان الاصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه وتقييده بالاصل يبطل الخليفة قلنا بل عدم
امكان الوقوف على ما في قلبها اوجب النقل الى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه وفي الشهرية ما يدل على ان المحبة بالقلب لا تعتبر وان
امكن الاطلاع عليها وهو قال لامرأته انت طالق ان كنت انا اب كذا ثم قال لست اخيه كاذبا فهي مرأته فيما بينه وبين الله تعالى واستشكل الشيخ
بذا بانه ان لم تعلم ما في قلبها لم يعلم ما في قلب نفسه لكن الطريق ما قلنا ان القلب منقلب لا يثبت على شيء فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام
انما تناط بالامور الظاهرة لا الحقيقة كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قائله واعلم ان التعليق بالحيض
انما يفارق التعليق بالطهر في انه يقتصر على المجلس لكونه تنجيزا حتى لو قامت وقالت احتبك لا تطلق وانها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى
وفي الحيض لا تقتصر على المجلس على سائر التعليقات ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا ان تكون صادقة **فرع** في الجامع الاصغر قال الفقيه ابو جعفر
اذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نحو قرطبان وسفله فقال ان كنت كما قلت فانت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت او لم يكن لان الزوج
في الغالب لا يريد الايذاء بها بالطلاق كما اذنه وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان انا قرطبان فانت طالق تطلق وان قال اردت
الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ونص بعضهم على ان فتوى اهل بخارا على المجازاة دون الشرط **قوله** فكان حيضا من الابتداء يجب
على المفتي ان يعين ذلك فيقول طلقت حين رات الدم وتظهر ثمرة الاستناد فيما اذا كانت غير مدخول بها فترتب حين رات الدم او كان المعلق
بالحيض عتقا فجنى العبد وجنى عليه بعد رؤية الدم قبل ان يستمر فانه اذا استمر ثلاثة ايام يصح النكاح ويعتبر في العبد جنايته الاحرار ولا يكتب هذه الحيضة
من العدة لانها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم ان يقع الطلاق بعد بعضها **قوله** ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق
لم تطلق حتى تطهر اي يحكم بطهرها عن هذا الفرق الحال بين ان حضت حيضة فانت طالق وان حضت حيث لا يكون الاول عبثا لانه انما يقع
في الطهر بخلاف الثاني ثم انما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال او ما يقوم مقامه من صيرورة الصلوة دينا في ذمتها واما في العشرة بمرور
الانقطاع **قوله** لان الحيضة بالهاء هي الكاملة عن هذا الوقال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لانه اسم للكامل وهي لا تتجزى خلافا لزفر في قوله تطلق
بحيض خمسة ايام للتيقن بالنصف قلنا هذا النصف اقصى مدته لا نصف الدور ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض واذا قال لطاهر
انت طالق اذا طهرت لم تطلق حتى تحيض فتطهر لان اليمين تقتضي شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه وما مضى لم يدخل تحت اليمين
والباقي تبع للماضي فلا يتناوله اليمين كما لا يتناوله الماضي بخلاف قوله انت طالق قبل ان تحيضي حيضة بشهر حيث تطلق اذا حاضت فلا ينظر
الطهر والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبايا اوطاس الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وسنتكلم عليه
في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار اذ لم يقل اذا صمت يوما او شهرا فتعلق بالسعي صوما في
الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة فيقع به وان قطعه بعده وكذا اذا صمت في يوم او في شهر لانه لم يشترط كماله بخلاف ما اذا
قدره بمعيار كذا اذا صمت يوما فانه لا يقع الا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه ونظيره اذا صمت يوما او صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمعيار
واذا صليت صلوة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت
جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما الاول لانه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع بالاخر حتى لان الطلاق المقارن

وان قال لها ان كلمت اباعمرو وابا يوسف فانت طالق ثلثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر او وجدا في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسئلة الكتاب لنا ان الاولى باعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم لا ان الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين فيستغني عن قيام الملك اذ بقاءه بمحله هو الذمة

لانقضاء العدة لا يقع وان اختلفا فالقول للزوج لانه منكر للزيادة وتقرير المسئلة واضح من الكتاب وما عن الشافعي رحمه الله من انه يقع الثلث لاحتمال الزوج سنا قيل ينبغي ان لا يعول عليه لانه مستحيل عادة غير انه ان تحقق ولادتهما معا وقع الثلث وتعتد بالاقراء ولو ولدت غلاما وجارية لا يدري ايهما سبق وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لان الغلام ان كان اولا وثانيا تطلق ثلثا واحدة به وثنتين بالجارية الاولى لان العدة لا تنقضي ما في البطن ولدا وان كان آخرا يقع ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شيء لان اليمين بالجارية انحلت بالاولى ولا يقع شيء بالغلام لانه حال انقضاء العدة فرد بين ثلث وثنتين فيحكم بالاقل قضاء وبالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث لانه ان كان الغلامان اولا وقعت واحدة باولهما ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الاخيرة لانقضاء العدة وان كانت الجارية اولا او وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها او قبلها فرد بين ثلث وواحدة ولو قال ان كان حملك غلاما فطالق واحدة او جارية فثنتين فولدتهما لم تطلق لان حملك اسم جنس مضاف فيعم كل ما لم يكن الكل غلاما او جارية لا يقع كما في قوله اذا كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق او دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق ولو قال ان كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلث وفي الجامع لو قال ان ولدت ولدا فانت طالق فان كان الذي تلده غلاما فانت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في التقييد وفي قول مالك والشافعي رحمهما الله قوله وان قال لها ان كلمت اباعمرو وابا يوسف حاصل مبنى الخلاف انه اذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشيئين من حيث هو متعلق بهما نحو ان دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا وقال زفر عند كل منهما وقياسه فيما اذا كان فعلا قائما بشيئين من حيث هو قائم بهما ان يكون كذلك مثل ان يقول جاء زيد وعمرو فانت طالق فان الشرط مجيئهما فلا يقع طلاق واحدة الا ان يجيء كل منهما وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسئلة اذا اجتمعا فاثنتا طالقان وجعله في الكشف مسئلة الكتاب من متعدد الشرط ليس بذلك لان تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانها لو كانت متعاقبة وقع الطلاق لوجود الشرط وغاية تعددها القوة وجه قول زفر اعتبار الاول من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عندهما اذ هما في حكم الطلاق كالشيء الواحد لتوقفه على كل منهما ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم وانما الشرط لصحة فيما نحن فيه من الاهلية قيام الملك في الحال او كون الشرط الملك ليصير الجزاء في الاول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا الى ظهور الاستصحاب وتبقيه في الثاني فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الاضافة الحاملة على الامتناع او الفعل فاذا تمت لا يحتاج في بقائها الى ذلك لان بقاءها بعد تحقق حقيقتها بقيام الذمة فانما يحتاج اليه لوقوع الحنث او الحنث لا يثبت الا عند الاخير فلا يشترط الملك الا عنده وهذا وعده المصنف في اوائل الكتاب واما الشرطان فتحققهما حقيقة تكرار اذاتهما وهو على وجهين هو او بغيره واما الثاني فكقوله ان اكلت ان لبست فانت طالق لا تطلق ما لم يلبس ثم ياكل فتقدم المؤخر وهو الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط وصورته في الجامع قال لامرأة تزوجها ان كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير ان كلمت فلانا وكلمت امرأة تزوجها فهي طالق واستغنى عن العناية بتقديم الجزاء فالكلام شرط الا انه تقدم والترجيح شرط الانحلال واصله قوله تعالى ولا ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم ان كان الله يريد ان يغويكم المعنى ان كان الله يريد ان يغويكم فلا ينفعكم نصحي ان اردت ان انصح لكم وقوله تعالى وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان اراد النبي ان يستنكحها فالجواب مثلنا لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبي ان اراد النبي فالمعنى ان اراد النبي ان ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد مثلنا ووجه المسئلة انه لا يمكن ان يجعل الشرطان شرطا واحدا لزوال الجزاء لعدم العطف وان روي عن محمد في غير رواية الاصول انه رجع عن التقديم والتأخير واقر كل شرط في موضعه وهو رأي امام الحرمين من الشافعية لان الاصل عدم التقدير الا بدليل والكلام في موجب

وان قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثنتين
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلقات وهو قول زفر واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلث عندهم
فتعود اليه الثلث وعند محمد وزفر لا يهدم ما دون الثلث فتعود اليه ما بقي وستبين من بعد ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت
الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر لا يقع ثنتان
لان الجزاء ثلث مطلق لاطلاق اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فيبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها هي المانعة لان الظاهر
عدم ما يمنعه فتنزل اليمين بتقييد المنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه
وقد فات بتنجيز الثلث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا بانها لان الجزاء باق لبقاء محله

الاغلب ولا الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتاخير انف من اضمار الحرف لانه تصحيح للمنطوق من غير زيادة شيء آخر
فكان قوله ان اكلت مقدما من تاخير لانه في غير الجواب المتاخر والتقدير ان لبست فان اكلت فانت طالق وهذا بناء على ما قدمنا من لزوم التنجيز في مثل ان دخلت
الدار فانت طالق وعلى ما قدمنا عن ابي يوسف ومن لزوم الاضمار الغائب يجب ان لا يعكس الترتيب وفي التجريد لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق ان كلمت
فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الاول فان طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا فهي في العدة طلقت انتهى وهو على
الظاهر من التقديم والتاخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده وعلى هذا اذا قال ان اعطيتك ان وعدتك ان سالتني فانت طالق لا تطلق
حتى تسأله اولا ثم تعده ثانيا ثم تعطيها لانه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال لكنه قال ان سالتني ان وعدتك ان اعطيتك وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي
رحمهما الله ومن المشايخ من قيد ذلك بما اذا كان الشرط باذا فان كان بان تطلق لوجودهما كيف كان لان المعروف في ذلك اذا لان واما الاول فاذا قال انت طالق
او اذا قدم فلان واذا قدم فلان او ذكر كلمة ان او متى فايهما قدم اولا يقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر وان قوله انت طالق اذا قدم فلان يمين تام لوجود
الشرط والجزاء والشرط الثاني لا جزاء له واذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه لتعلق جزائه بعينه به كانه قال واذا قدم فلان فانت طالق تلك التطليقة فلذا
لو قدما معا لم يقع الا طلاق واحد وكذا اذا فصل الجزاء بين الشرطين فقال ان قدم فلان فانت طالق واذا قدم فلان ايهما سبق وقع ثم لا يقع عند الشرط
الثاني شيء الا ان ينوي ان يقع عند كل واحد تطليقة فيقع اخرى عند الثاني وان اخر الجزاء فقال اذا قدم فلان واذا قدم فلان فانت طالق لا يقع
حتى يقدما لانه عطف شرطا محضا على شرط لا حكم له ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصار شرطا واحدا فلا يقع الا بوجودهما لانه لو وقع باولهما صار عطفهما على اليمين كالاول
لا على الشرط فقط فان نوى وقوع الطلاق باحدهما صحت نيته وبنية تقديم الجزاء على احد الشرطين وفيه تغليظ على نفسه فاما اذا عطف ولا اذا عطف شرط
كان المجموع شرطا واحدا كما في مسئلة الكتاب الا ان ينوي وقوع الطلاق باحدهما لانه نوى احد كلمة الشرط كذا في شرح الزيادات **تنبيه** يشترط في صحة
الشرط الاتصال كالاستثناء وعوض الملغى بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق وفي الجامع لو قال ان دخلت ان دخلت فانت طالق تعلق استحسانا
وقال الكرخي ينبغي ان لا يتعلق على قوله لان الثاني لغو كقوله حر وحر ان شاء الله على قوله والجواب انه تاكيد بخلاف حر لان التاكيد بلفظه لا يكون
بالواو فانما يشاكله حر حر ان شاء الله ولا يتعلق فيه واجمعوا ان السكوت واللغو لا يمنعان العطف ما دام في المجلس كذا في الذخيرة لان العطف غير
مغير بل يقرر بخلاف الشرط والاستثناء واذا تعقب الشرط الجزاء ليست ايمانا تامة كما ذكرناه من قريب قيد الكل واذا قال انت طالق وعبده حر ان كلمت
فلانا يتعلق كل منهما به عن هذا اذا قال انت طالق واحدة وثنتين وثلثا واربعا ان دخلت صح التعليق فيتعلق الثلث **قوله** وان قال لها ان دخلت الدار
فانت طالق ثنتا وطلقها ثنتين الى آخره فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث اما عند محمد فلان الباقي
واحدة بها يكمل الثلث واما عندهما فالثلث المعلقة بواسطة ملكه لثنتين بالهدم مع الواحد الباقية وانما تظهر فيما اذا علق طلقة واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت
بغيره ثم عادت الى الاول ثم وجد الشرط فعند محمد تحرم حرمة غليظة وعندهما لا اذ يملك بعد الوقوع ثنتين **قوله** وسنبينه من بعد ونحن نبينه هناك
ان شاء الله **قوله** ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لما قدمنا ان يمين اليمين انما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الاضافة والظاهر
عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لانه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها الى الاول لانه عقد يعقد للعمر
فلا يكون غير الملك القائم مراد العدم تحقق اليمين باعتبار وقت الاطلاق بدلالة حال المتكلم اعني ارادة اليمين واما قبل وقوع الثلث خرجت

ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلثا ولن لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر ولكن اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف رح انه وجب المهر في الفصل الاول ايضا لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب عليه الحد للاتحاد ووجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم ادخل لانه وجد الادخال بعد الطلاق الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب العقر اذ الوطء لا يخلو عن احدهما ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا بالبات عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس وكذا نزع ثم اولجه صار مراجعا بالاجماع لوجود الجماع **فصل** في الاستثناء

عن المحلية له وانما تحدث محليتها بعد الثاني فصار كالمرتدة تحدث محليتها بالاسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بان قال ان دخلت هذه الدار فجعلت بستانا او دارا لا تبقى اليمين فهذا كذلك بخلاف قوله لعبده ان دخلت فانت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لان محليته باق ولم تنزل بالبيع وبخلاف ما اذا طلقها ثنتين والمسألة بحالها ثم تزوجت بغيره ثم عادت اليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق خلافا لزفر حيث يوقع الواحدة الباقية لانه استفاد حلا جديدا يملك به الثلث لان عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقتين فكانت باقية حال عودها اليه واورد بعض افاضل اصحابنا انه يجب ان لا يقع الا واحدة كقول زفر رح لقولهم المعلق طلقات هذه الملك والفرض ان الباقي من هذا الملك ليس الا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال انت طالق ثلثا فانما تقع واحدة لانه لم يبق في ملكه سواها والجواب ان هذه مشروعية والمعنى ان المعلق طلقات هذا الملك الثلث ما دام ملكها فاذا زال بقي المعلق ثلثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق فاذا انجز ثنتين والشك ملك الثلاث فبقي المعلق ثلثا مطلقة وبقيت محليتها وامكن وقوعها وهذا ثابت في تنجيز الثنتين فيقع والله اعلم وبخلاف ما لو قال ان دخلت فانت علي كظهر امي ثم طلقها ثلثا ثم عادت اليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لان الظهار تحريم الفعل لا الحل الاصلي الا ان قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء الشرط كالشهود في النكاح اما الطلاق فتحريم الحل وقد فات بتنجيز الطلقات **قوله** ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلث ثم لم يخرجه في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر اي العقر بهذا اللبث بخلاف ما لو اخرجه ثم ادخله وكذا اذا قال لامته ان جامعتك فانت حرة عتقت بالتقاء الختانين فاذا مكث بعده لا يجب عقرها وعن ابي يوسف رح انه اوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبقي العقر ووجه الظاهر ان الجماع الادخال وليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم الابتداء بخلاف ما لو اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال الا ان الحد لم يجب لشبهة الاتحاد اي فيه شبهة انه جماع واحد وقد كان اوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له وذلك بالنظر الى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد واذا امتنع الحد وجب المهر لان التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد او مهر جابر ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسألة رجعيا يصير مراجعا بالبات عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد رح ان الدوام ليس بتعرض بالبضع على ما مر فلم يوجد سبب مستأنف للرجعة بخلاف ما اذا اخرجه ثم ادخل فانه يصير مراجعا بالاجماع وعن محمد رح لو ان رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة فان لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الادخال لان دوامه على ذلك فوق الخلوة بعد العقد وقد تقدم

فصل في الاستثناء هو بيان بالا او احدى اخواتها ان ما بعدها لم يرد بحكم الصدر وهذا يشمل المتصل والمنقطع حد اسميا المفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على انه متواطئ وعلى انه حقيقة في الاخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره يراد الكائن بعض الجنس في المتصل فيفيد بغيره في المنقطع والاوجه كون الخلاف في ان الاحقيقة في الاخراج لبعض الجنس من الحكم فقط وفيه من غير الجنس ايضا بالتواطئ والاشتراك اللفظي فانه يفيد بخلاف معنى لفظ استثناء فانه لا طائل تحته بل لا حاجة اليه والحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من اثبات موجبه الا ان الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم مسألة ان شاء الله تعالى لمشابهتها الشرط في منع الكل وذكر اداة التعليق لكنه ليس على هيئته لانه منع الى غاية والشرط منع الى غاية تحققه كما يفيده اكرم بني تميم ان دخلوا ولذا لم يورده في بحث التعليقات ولفظ الاستثناء اسم توقيفي قال تعالى ولا يستثنون اي لم يقولوا ان شاء الله وللمشاركة في الاسم ايضا اتجه ذكره في فصل الاستثناء وانما يثبت حكمه في صيغة الاخبار والكلام الشاء بايجاب لا في الامر والنهي

وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق

لو قال اعتقوا عبدي من بعد موتي إن شاء الله لا يعمل الاستثناء فلم تعتق ولو قال بع عبدي هذا إن شاء الله كان للمأمور بيعه قيل لأن الإيجاب يقع لازما فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء وذكره ليس إلا لذلك والأمر لا يقع لازما لقدرته على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء ليجب اعتبار صحته وعن الحلواني كلما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غد إن شاء الله له أداؤه بتلك النية وهل يشترط في صحته تصحيح حروفه وإن لم يسمعه أو إن يسمعه يجري فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلاة قوله إذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله الخ وكذا إذا قال إن لم يشاء الله أو ما شاء الله أو فيما شاء الله أو إلا أن يشاء الله أو إن شاء الجن والحائط وكل من لم يوقف له على مشيته لم يقع إذا كان متصلا فلا يفتقر إلى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكي فيه عندنا خلاف قال خلف يقع وقال محمد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت أبا يوسف رح في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت له قال رأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق كان يقع قلت لا قال كذا وهذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدري أن السكوت رضى يقضى به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصاله به واعلم أن ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فمقتضاه أن تطلق واحدة رجعية لأن النيف هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلثا ولا شك في أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ويحتمل كونها حرفيا أي مدة مشيته فلا تطلق فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الأظهر كونها المصدرية الظرفية ليترجح تعليقه بالمشيئة لكن الثابت كثرة استعمالها موصولا اسميا نعم لا يقع قضاء لا ديانة إذا قلنا بتساوي استعمالها وإخبار أنه أراد الظرف أما إذا لم يكن له نية فينبغي أن يقع وعلمت أنه لا يحتاج إلى نية إذا لو قال إن شاء زيد فهو تمليك منه بمعنى فيه مجلس علمه فإن شاء فيه طلقت والا خرج الأمر من يده وكذا إلا أن يشاء زيد أو يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو إلا أن يبدو له غير ذلك تقيد بمجلس العلم ويعتبر في ذلك كله إخبار فلان بلسانه لا مشيته ورضاه بقلبه لأن المشيئة وأخواتها أمر باطن وله دليل وهو العبارة فيقام مقامه كذا في شرح الجامع وكذا إذا أضاف المشيئة والثلثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال طالق لمشيئة الله وإرادته ومحبته ورضاه لا يقع لأنه معنى التعليق إذ الباء للإلصاق والكائن في التعليق إلصاق الجزاء بالشرط وإن أضاف الأربعة وما بعدها بالباء إلى العبد كان تمليكا وإن قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإرادته أو بعلمه أو بقدرته وقع في الحال سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه يراد به في مثله التنجيز عرفا وإن قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه تعليل للإيقاع كقوله طالق لدخولك الدار وإن قال بحرف في إن أضاف إليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها إلا في قوله طالق في علم الله تعالى فإنه يقع في الحال لأن في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع إلا في العلم لأنه يذكر للمعلوم وهو واقع ولأنه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال وكان تعليقا بأمر موجود فيكون تنجيزا ولا يلزم القدرة لأن المراد منها هنا التقدير وقد يقدر شيئا وقد لا يقدره حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي والأوجه أن يراد العلم على مفهومه وإذا كان في علمه تعالى أنها طالق فهو فرع تحقق طلاقها وكذا بقول القدرة على مفهومها ولا يقع لأن معنى أنت طالق في قدرت الله أن في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه يقال للفاسد الحال في قدرة الله تعالى صلاحه مع عدم تحققه في الحال وفيه أيضا وإن أضاف إلى العبد بقي كان تمليكا في الأربع الأول وأما معناها من الهوى والرضى فتعليقا في البقية

لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط

الا واخرو لا يخفى ان ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله في ارادته ومحبته ورضاه فيلزم الوقوع بخلاف توجيهنا ولو قال طالق واحدة ان شاء الله وثنتين ان لم يشاء الله لم يقع شيء لان الاول لحقه الاستثناء فبطل والثاني باطل لانه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه ابطاله ولو قال طالق واحدة اليوم ان شاء الله او ان لم يشاء الله فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فثبت انه لم يشاء الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى للواحدة بخلاف السابقة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يكون وقوعها مع عدم مشيئته تعالى والمسئلتان مذكورتان في النوازل وقال في المنتقى لو قال طالق اليوم ثنتين ان شاء الله وان لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثا فمضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا وجه ثانيا وقال ولو لم يقيد باليوم في اليمينين فهو الى الموت فان لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل وقد ظن انه يخالف مسئلة النوازل والجواب ان مسئلة المنتقى تعليق الثلث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت اذ لو شاء الله التطليقتين لاوقعهما الزوج وفي مسئلة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله تعالى اياهما فلا يقعان ابدا **قوله** لقوله عليه الصلوة والسلام من حلف بطلاق الخ غريب بهذا اللفظ ومعناه مروي اخرج اصحاب السنن الاربعة من حديث ايوب السختياني عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى لفظ النسائي ولفظ الترمذي فلا حنث عليه واخرجه احمد والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي حديث حسن غريب وقد روي نافع عن ابن عمر موقوفا وعن سالم عن ابن عمر مرفوعا ولا نعلم احدا رفعه غير ايوب السختياني وقال اسمعيل بن ابراهيم كان ايوب احيانا يرفعه واحيانا لا يرفعه انتهى وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع واعلم ان مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ ان شاء الله الا ان الحديث الوارد في اليمين لا يتم في مجرد انت طالق ان شاء الله وسنبين ان شاء الله ذلك في كتاب الايمان واما ما اخرج ابن عدي في الكامل عن اسحق بن ابي الكبي عن عبد العزيز بن ابي داود عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته انت طالق ان شاء الله ولغلامه انت حر ان شاء الله وعلي المشي الى بيت الله ان شاء الله فلا شيء عليه وهو معلول باسحق هذا قال تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان لم يعلم توثيقه عن غيرهما واخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق واستثنى فله ثنياه ضعفه عند الحق بحميد وتقدم طرف الضعف عندنا وان كان يخرجه الى الحسن اذا لم يكن ضعفه بالوضع لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي **قوله** ولانه اتى بصورة الشرط اي بحرفه دون حقيقته لان مشيئة الله تعالى اما ثابتة قطعا او منتفية قطعا فلا ترد في حكمها وما يكون كذلك فهو تعليق فيكون تعليقا من هذا الوجه يعني من حيث الصورة وانه اعدام اي التعليق اعدام العلية قبل وجود الشرط **قوله** والشرط لا يعلم هنا فيكون اعداما من الاصل يشير الى ان التعليق بالمشيئة ابطال وهو قول ابي حنيفة ومحمد رح كقوله تعالى حتى يلج الجمل في سم الخياط وقال اذا شاب الغراب ابيض فانت طالق كالمبين الحاجب وعند ابي يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو اولى وقد نقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد رح على عكسه وثمرته تظهر فيما اذا قدم الشرط فقال ان شاء الله انت طالق تعلق على التعليق لعدم الفاء في موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الابطال وفي موضع الجمع للمصنف عكس هذا وهو غلط فاحشة بخلاف قوله ان شاء الله فانت طالق وفيما اذا جمع بين عينين فقال انت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله فعلى التعليق تعود الى الجملة الثانية فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار وقع وعلى الابطال الى الكل لعدم

ولو سكت يثبت حكم الكلام الاول

الاولوية بالابطال فلو كلمت زيدا ودخلت الدار لا يقع ولو ادخله على الايقاعين فقال انت طالق وعبدي حر ان شاء الله تعالى ينصرف الى الكل
فلا تطلق ولا يعتق بالاجماع اما عندهما فلما قلنا من عدم الاولوية بالابطال واما عند ابي يوسف رح فلانه كالشرط والشرط اذا دخل على ايقاعين
يتعاقبان به دينا اذا حلف لا يحلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الابطال وفي فتاوى قاضي خان الفتوى على قول ابي يوسف رح
لانه عزى اليه الابطال فتحصل على ان الفتوى على انه ابطال **قوله** ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول اي اذا سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بخيار
لو تنفس وانجان له سنة بدبخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء المفصل وللفصل اللغو تطلق ثلثا في قوله انت طالق ثلثا ثلثا ان شاء الله تعالى
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما لان التكرار للتاكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة ان شاء الله وهو يقول قوله وثلثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء
فتطلق ثلثا وعلى هذا الخلاف عبده حر وحر ان شاء الله ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التاكيد وقياسه اذا كرر ثلثا
بلا واو ان يكون شاء ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر حر لان العطف التفسيري انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح
حر لقوله تفسيرا وكان فاصلا بخلاف حر وعتيق ومثل ثلثا ثلثا لو قال انت طالق وطالق وطالق وطالق ان شاء الله طلقت ثلثا عند
ابي حنيفة رح وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق اربعا ان شاء الله ولو قال طالق واحدة وثلثا ان شاء الله صح الاستثناء اتفاقا لانه ليس لغوا
لانه يثبت به تكميل الاول ولو قال ثلثا بواو بين او البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لانه مع الثلث لغو وعن محمد يصح هذا وتراءى خلافا في الفصل
بالذكر القليل فانه ذكر في النوازل لو قال والله لا اكلم فلانا استغفر الله ان شاء الله فهو مستثنى ديانة لا قضاء وفي الفتاوى لو اراد ان يحلف
رجلا ويخاف ان يستثني في السر يحلفه ويامره ان يذكر عقيب اليمين موصولا سبحان الله او غيره من الكلام والاوجه ان لا يصح الاستثناء بالفصل
بالذكر ولو قال بلسانه ثقل وطال تردده ثم قال ان شاء الله او اراد ان يقول فسد لسان فاه ساعة ثم اطلقه فاستثنى متصلا برفعه صح
وعن هشام سئلت محمدا عمن قال لامرأته انت طالق ثلثا وهو يريد ان يستثني فاسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة يعني اذا لم يستثن
بعد التخلية ولا يكتفى بذلك الفصل واشتراط الاتصال قول اكثر العلماء منهم الاربعة وعن ابن عباس رض جوازه الى سنة وعنه ابدا وقال سعيد بن المسيب و
ابن جبير الى اربعة اشهر وعن الحسن البصري تقييده بالمجلس وهو قول الاوزاعي استدلالا بحديث سليمان عليه السلام لاطوفن الليلة على تسعين
امرأة كل تلد غلاما فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي ان فقال صلى الله عليه وسلم لو قالها لقاتلوا اجمعا قلنا يحتمل قول الملك له قبل
فراغه وقوله صلى الله عليه وسلم لو قالها يعني متصلا واستدل المطلقون بظواهر منها انه صلى الله عليه وسلم قال في مكة لا يختلى خلاها الحديث
فقال له العباس رض الا الاذخر فسكت ثم قال لا الاذخر ومنها انه قال في سرية بدر لا يفلت احد منهم الا بفداء او ضربة عنق فقال ابن مسعود الا سهيل
بن البيضاء فقال سهيل بن البيضاء وما اجيب عن هذين بانه كان على جهة النسخ دفع ابدا لا وهي تكون باتصال ما بعده بما قبلها وليس بلازم لان المقصود
ان رفع اي رفع الحكم بنفس لفظ القائل ايذانا بانه وافق الشرع المتجدد وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الاولى مدلول عليها
كانه قال لا يختلى خلاها الا الاذخر ومنها ما رواه ابو داود فانه صلى الله عليه وسلم قال والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال
ان شاء الله ثم لم يغزهم ويجاب بان كونه لم يغزهم لا يدل على انه لم يكفر ولم يحنث وهو صلى الله عليه وسلم قد حلف انه لا يحلف على يمين فيرى
غيرها خيرا منها الا اتى الذي هو خير وكفر عنها فمن رأى ان عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه او منها اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق

فيكون الاستثناء ولو ذكر الشرط بعد رجوعه من الاول **قال** وكذا ان قال قبل قوله ان شاء الله تعالى لان الاستثناء الكلام من يكون بالنية والتعليق من يعطى

عليه والجواب انه محمول على الاتصال بالعرف العملي لان عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه فكيف والفظ يدل عليه شاء قال

بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة من حلف على يمين فقال ان شاء الله ثم يوجبه ايضا اللزوم المذكورة في الاصل من انه يستلزم ان لا يحكم بوقوع طلاق

ولا عتاق ولا اقرار بمال مما لا يحصى من اللوازم الباطلة وبذلك جاب ابو منيفة رح المنصور حين وشايه اعداؤه اليه بانه يرد رأي جده ابن عباس في جواز الاستثناء

المنفصل فقال له ما سعيت من مخالفته فيها لاتحسين الخلافة عليك ومنع خروج الحالفين لك من الخروج عليك والاجاز لهم ان يستثنوا اذا خرجوا

من عندك ومذهب الشافعي كمذهبنا في انه اذا قال متصلا بقوله طالق او حر ان شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق وقال مالك واحمد رحمهما الله ظاهر الرواية

عنه تخير ان لانه علقهما بشرط محقق لانه لو لم يشاء الله كان طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به وتوضيحه انه اذا اراد صدور اللفظ عنه فقد شاء الله

صدوره وان اراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة انه اذا صدر اللفظ وجب كل منهما وان اراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فمشيئته قديمة

عند اهل السنة والجماعة فظنه انها تتجدد محال والحجة لنا ما روينا وبيان المعنى والجواب عن تمسكه انه لم يعلقه بمحقق لانه لا يمكن الاطلاع على ما في مشيئة الله

تعالى ويختار انه اراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله وقوله فقد حكمت الشريعة الخ ليس على اطلاقه اذ التعليقات من نحو ان طلق ان قدم زيد او دخلت

الدار وبدفيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالاجماع ونحن فيه من هذا القبيل **قوله** فيكون الاستثناء ذكر الشرط الخ انما نوعه لما ذكر انه على

قول محمد واستثناء وعلى قول ابي يوسف رح تعليق على احد وجهي النقل عنهما وقريب من الاستثناء لو قال ان دخلت فلله علي ان اتصدق

بمائة مثلا قال في النوازل هذا قريب من الاستثناء لان من الامثال ما ليس له حقيقة ولا ان المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه ايجاب المال

قال وبه ناخذ الا ان يريد الايجاب على نفسه **فروع** طلق او خلع ثم ادعى استثناء او شرطا ولا منازعة لا اشكال

في ان القول قوله وكذا اذا كذبته المرأة فيه ذكره في الحاوي للامام المحمود البخاري ولو شهدا عليه بانه طلق او خالعها بغير الاستثناء

او قالا لم يستثن قبلت وهذه من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فان لم يشهدا على النفي بل قالا لم نسمع منه غير لفظة

الطلاق والخلع والزوج يدعي الاستثناء فمنى الحيط القول قوله وفي فوائد شمس الاسلام الاوزجندي لا تسمع دعوى الاستثناء

اذا عرف الطلاق بالبينة بل اذا عرف باقراره ومثله اذا قال لعبده اعتقتك امس وقلت ان شاء الله لا يعتق وفي فتاوى

النسفي لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقتني فالقول لها ولا يصدق الزوج الا ببينة بخلاف ما لو قال لها قلت لك

انت طالق ان دخلت فقالت طلقتني منجزا القول قوله وفي الفتاوى الصغرى اذا ذكر الخلع لا تسمع دعوى الاستثناء والطلاق

على المال كالخلع ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الاسلام ابي الحسن ان مشايخنا اجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق ان لا يصدق الزوج الا ببينة

لانه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس والذي عندي ان ينظر فان كان الرجل معروفا بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي ان يوفق

بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقا له وان عرف بالفسق او جهل حاله ينبغي ان يأخذ بقول المانع لغلبة الفساد في الزمان ولو طلق فشهدا انه ان لك

استثنيت وهو غير ذاكر لذلك بحيث اذا غضب لا يدري ما يقول مع سعة الاخذ بشهادتهما والا لا يأخذ بها **قوله** كذا اذا قالت معطوف على قوله واذا قال

لامرأته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق محققة والموت ينافي الى آخره جواب عن مقدر وهو ان الموت ينافي الواقع من الطلاق حتى

لو قال لها انت طالق او طالق ثلثا فماتت قبل الوصف او العدد لا يقع فينبغي ان ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق فاجاب بان الموت ينافي الوقوع

بخلاف ما اذا مات الزوج لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت ثنتين وان قال انت طالق ثلاثا الا اثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل

فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به **قوله** بخلاف ما اذا مات الزوج قبل الاستثناء وهو يريده ولعلم ارادته بان ذكر آخر قصده قبل التلفظ بالطلاق وقول من قال تحمل كذبه على الرجل في ذلك او ان يبدو له فيتركه ليس بشيء لانه خلاف الظاهر ولانه يجب تصديقه فيه ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا ان كان لاثبات عدم الوقوع فقد خرق الاجماع اذا اكتفى في اثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء والا فلا فائدة له غير اللجاج **قوله** ولو قال الا ثنتين طلقت واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله لا يصح الاستثناء لانه استثناء الاكثر وهو قول طائفة من اهل العربية وبه قال احمد رح قالوا لم تكلم العرب به وقوله تعالى ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين والغاوون الاكثرون قال تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين لا دليل فيه لان الاستثناء منقطع اذ المراد بعبادي المخلصين اذا استقرأ استعمال القرآن على ان هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاوون قلنا لا نسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التاويل في الآية ممنوع ولو سلم مع ما فيه ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل يا عبادي كلكم جائع الا من اطعمته يا عبادي كلكم عار الا من كسوته ونسلم تقدم السماع في تركيب معين لا يستلزم صحة عدم استعماله الا ترى انه لم يسمع له مائة الا ثمانا وسدس ثمن وسائر الكسور ويجوز استعمالها وهذا لان الاستثناء بيان ان المستثنى لم يرد بالصدر فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه انه تكلم بالباقي الا جزاء بعد المستثنى وقولهم اخراج من الصدر الخ تجوز لان حقيقة الاخراج متعذرة لانه يستدعي سبق الدخول فان اعتبر الدخول في التناول فالاستثناء لا يفيد الاخراج منه لانه باق بعد الاستثناء اذ تناول اللفظ بعلة وصفه لدوام المعنى وهي قائمة مطلقا فلا يتصور الاخراج منها وان اعتبر الدخول في الارادة بالحكم لزم ان يكون كل استثناء نسخا ولزم ان لا يصح في نحو قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما من الاخبارات لان المتكلم ح يكون اما كاذبا في ارادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع او في الاستثناء ان كان هو المنشئ او فاقا في احدهما ويستحيلان في حقه تعالى فلزم بالضرورة انه بيان ان ما بعد الا لم يرد بالحكم ثم بل يكون مرادا بالصدر اعني العام او الكل ثم اخرج ثم حكم على الباقي واريد ابتداء بالصدر ما سوى ما بعد الا والا قرينة خلاف لا يوجب خلافا فيما ذكرنا ان حاصل تركيب الاستثناء تكلم بالباقي اي حكمه عليه وحققنا في الاصول ان معنى القول الاول انه اريد عشرة وحكم على سبعة في قوله علي عشرة الا ثلثة ارادة العشرة بعشرة ثم بعد الحكم والا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالته لا يستلزم كون عشرة الا ثلثة اسما مركبا لمعنى سبعة كما نسب الى القاضي الباقلاني على ان التحقيق ان قوله هو احد المذهبين كما حققناه في الاصول بل مراده ما ذكره المصنف من قوله فلا فرق بين قول القائل علي درهم او عشرة الا تسعة وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال اخراج وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الاخبار ما ذكرنا ونسب الى الشافعية والله اعلم فانهم مصرحون بانه من المخصصات والتخصيص بيان ان المخصص لم يكن مرادا او قالوه على تاويل بظاهر اللفظ وهو الظاهر لان مسئلة الاستثناء من النفي اثبات يوجب القول بالمعارضة لانها توجب حكمين على الثلاثة مثلا في ضمن العشرة بالاثبات وبعد الا بالنفي لكن لا شك في انه بحسب الظاهر لا حقيقة الاسنادين فيها والا كان تناقضا وح فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد الا وترجح الباقي فيجب حمل المرجوح عليه كما هو كل معارضة ترجح فيها احد المتعارضين فيظهر انه لم يحكم في صدر الا على سبعة **قوله** ولا يصح استثناء الكل من الكل قيل لانه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز ووضع بانه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية لكنه لا يجوز فيه ايضا لو قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لا يصح الاستثناء فعلم انه لغيره وهو ما ذكر في الكتاب من انه ح لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وتركيب الاستثناء لم يوضع الا لتكلم بالباقي بعد النفي لا لنفي

لانه لا يبقى بعد النفي ليصير متكلما به موصلا فالتلفظ اليه وانما يصح الاستثناء اذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ولو اثبت هذا في الفصل الاول المستثنى منه ثنتان يقعان وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال الا ثلاثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء والله اعلم

الكل كما يفيده التبادر مع الاتفاق على انه لنفي الكل بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمالات العرب تفيد ذلك وما حكي عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر او مساويه كعبيدي احرار الا واليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضي خان وزيادات المصنف فلو قال لنسائي طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وحفصة الا طلاق واحدة منهن وفي البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا امرأة وليس له امرأة غيرها لا تطلق وفي الذخيرة لو قال انت طالق ثلثا الا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلث عند ابي حنيفة رح وعندهما يقع ثنتان وعن ابي يوسف رح يقع واحدة وهو قول زفر رح فكان ابا حنيفة رح يرى توفق صحة الاولى ان يظهر انه مستغرق او لا وهما يريان اقتصار صحته على الاولى وابو يوسف في الرواية الاخرى عند زفر رح يريان اقتصار صحته على الاولى والثانية وقول ابي حنيفة رح اوجه لان الصدر متوقف على الاخر اذ لو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلثا يبطل الاستثناء الفاسد لعدم تقدير صحة اخراج شيء ولو قال واحدة وثنتين او ثنتين الا ثنتين يقع الثلث وكذا ثنتين وواحدة الا واحدة لانه في الاوليين اخرج الثنتين من الثنتين او الواحدة وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح بخلاف ما لو قال طالق واحدة وثنتين الا واحدة حيث تطلق في الثنتين لصحة اخراج الواحدة من الثنتين والاصل ان الاستثناء انما يتصرف الى ما يليه واذا تعقب جملا قيد الاخيرة منها وكما قيد الطلاق المستغرق بما اذا كان بلفظ الصدر او مساويه كذلك يجب تقييده بما اذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للصدر فانه كان صحيحا ذكر في كتاب الولوالجي لو قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا واحدة طلقت واحدة واعلم انه اذا تعدد الاستثناء بلا واو كان الكل استثناء مما يليه فيلزم ان كل فرد استقاط من الصدر وكل شفع جبر له فاذا قال طالق ثلثا الا ثنتين الا واحدة كان الواقع ثنتين لانك اسقطت من الثلاث ثنتين اولا فصار الحاصل واحدة ثم اسقطت من الساقط عن الصدر واحدة فجبرها الصدر فصار ثنتين فقد اخرج من الثلث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم اخرجها من الثلث الصدر فصار الباقي واحدة وهذا بناء على ان الثلث المستثناة من الثلث لم يبطل بل تتوقف الى ان يظهر استثناء منها فيصح او لا فيبطل والله اعلم واصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى الا آل لوطا انا لمنجوهم اجمعين الا امرأته ومن فروعها المعدودة له على عشرة الا تسعة الا ثمانية الا سبعة الا ستة الا خمسة الا اربعة الا ثلثة الا ثنتين الا واحدة تلزمه خمسة ولو قال ثنتين واربعا الا ثلثا يقع الثلث وذكره القدوري واصله ان الاستثناء تصرف في اللفظ اولا ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء فلو اوقع اكثر من الثلث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ولهذا لو قال لامرأته انت طالق اربعا الا ثلثا تقع واحدة او عشرة الا تسعة طلقت واحدة او خمسا الا واحدة يقع الثلث وفي المنتقى طالق ثلثا وثلثا الا اربعا فهي ثلث عند ابي حنيفة رح وزفر رح لانه يصير قوله وثلثا فاصلا لغوا فاستثنى الاكثر فيقع الكل وعند ابي يوسف رح يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد رح كانه قال ستا الا اربعا وما ذكر شيخ الاسلام انه ينبغي فان قال غير ثنتين من الثلث الاول وثنتين من الثلث الاخيرة يصح الاستثناء والا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر البتة كذلك الحلواني في هذه المسئلة ولا في المنتقى فلو قال طالق ثلثا الا واحدة او ثنتين طلب البيان فان مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن ابي يوسف رح وهو قول محمد رح وهو الصحيح وفي رواية اخرى ثنتان وقيل ان هذا مناسب اصل ابي يوسف رح يعني في منع اخراج الاكثر مما لا ينبغي لان تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه فمع هذه الرواية تناسب تلك المرواية وجه الصحيح انه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة فبرح اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف البقية فلو قال طالق ثلثا الا نصف

باب طلاق المريض

لو طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فانقضت وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها وقال الشافعي لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت وكذا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده لا بتأخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز ان يبقى في حق ارثها عنه

تطليقة وتقع الثلث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول أبي يوسف وهما لان التطليقة لا تتجزى في الايقاع ولذا في الاستثناء فكانه قال و الاواحدة والجواب ان في الايقاع انما لا تتجزى لمنعي في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزى فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلثا

باب طلاق المريض لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزءا شرع في بيان طلاق المريض اذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري اذ لا شك ان فهم المراد من لفظ المريض اجلى من فهمه من قولنا هو يزدل بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربعة بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفاء **قوله** في مرض موته احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم مات وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه وقيد بالبائن لان في الرجعي يرثها وترثه في العدة وان طلق في الصحة بقيام النكاح قال ابن المنذر اجمع اهل العلم ان في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة واجمعوا انه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات احدهما لا يرثه الآخر بالعدة لانها لا ترثه اذا ماتت بعد انقضائها خلافا لمالك في قوله ترث وان تزوجت بعشرة ازواج ولابن أبي ليلى في قوله ترث ما لم تتزوج وهو قول احمد ويعرف من تقييد المرض بالعدة انه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لانها لا عدة عليها من ذلك الطلاق وقيد بغير الرضا لانه لو طلقها برضاها لا ترث ولا بد من قيد كونهما ممن يتوارثان حال الطلاق لان تعلق حقها بماله اذا مرض هو اذ ذاك حتى لو كانت كتابية او عبدا مملوكا وقت الطلاق لا ترث وان اسلمت في العدة قبل موته او عتق المولى في مرضه اذا اسلمت فابت طلاق بائنا ترثه لانه علق بزمان تعلق حقها بماله واختلفوا فيما اذا دام به المرض اكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فعند ابي يوسف رح ترث وعندهما لا ترث بناء على ان المبانة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملا على انه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه وعندهما يتيقن بوضعه براءة الرحم فتنقضي به العدة بعد موته فترث وعندهما لا يحمل على الزنا وان قالت بل على انه من زوج آخر بعد عدة الاول فتبين ان عدتها انقضت قبل موته فلا ترث وسياتي المسئلة في ثبوت النسب **قوله** وهي السبب اي الزوجية هي السبب في الارث وقد انقطعت بالبينونة ولذا لا يرثها اذا ماتت في العدة فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانبين وبه نأخذ قال عمر وابنه وعثمان رضي الله عنهم وابن مسعود والمغيرة ونقله ابو بكر الرازي ايضا عن علي وابي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ولم يعلم عن صحابي خلافه وهو مذهب النخعي والشعبي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحماد بن ابي سليمان والحارث العكلي لنا الاجماع والقياس اما الاجماع فلان عثمان رض ورث تماضر بنت الاصبغ بن زياد الكلبية وقيل بنت عمرو ابن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في عدة بمحضر من الصحابة فلم ينكر عليه احد فكان اجماعا وقال ما تممته ولكن اردت السنة وهذه الرواية اليق مما روي عن عثمان رض انه قال حين ورثها فر من كتاب الله وقد ذكر عن عبد الرحمن انه قال ما فررت من كتاب الله وقول ابن الزبير في خلافته لو كنت انا لم ارثها اراد به لعدم علمي اذ ذاك بان الحكم الشرعي في حقها ذلك وهو بعد انعقاد الاجماع فلا يقدح فيه لا يقال بل على هذا التقرير لم يكن اجماع لانه كان ساكتا وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر ان سكوته لم يكن وفاقا لانا نقول نعم لو كان اذ ذاك مفتيا لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء اذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه والحكم بذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس رض في مسئلة العول وقول المالكية كان قضاء عثمان رض بعد العدة معارض بقول الجمهور

بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب كارثة فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها

انه كان فيها واما القياس فعلى ما لو وهب كل ماله او تبرع لبعض الورثة في مرض موته يجامع ابطال حق بعد تعلقه بماله فيه وهذا لان حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لانه سبب الموت لذا حجر عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بالاجماع وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الابطال بل هو دائر مع ثبوت الابطال سواء قصده او لم يقصده ولم يخطر له واما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث وصورته كذا قصد ابطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجامع كونه فعلا محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده وهذا اختلف خصوص الثابت في الاصل والفرع فانه في الاصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث وهذا التعليل في طريق الآمدي لمناسب غريب انه لم يشهد له اصل بالاعتبار بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل اعني القاتل واما عندنا فقد ثبت اعتباره بالاجماع المذكور وكان مقتضى القياس ان ترث ولو مات بعد تزوجها كقول مالك الا ان اصحابنا راوا ان اشتراط عمل هذه العلة الامكان وهو بقاء العدة بناء على ان حكم الشرع بالميراث لا بد ان يكون لمناسب او سبب وهو الزوجية والعتق بحيث اقتضى الدليل توريث الشرع اياها لزم انه اعتبر بقاء النكاح حال الموت ومعلوم ان بقاءه اما بالحكم بقيامه حقيقة او قيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس الا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها والمصنف لم يعين لقياسه اصلا في الالحاق بل قال قصد ابطال حقها ويرد عليه قصده دفعا لاضرر وشله لا يفعل الا ان يكون هناك اصول شتى يمكن الالحاق بكل منها وليس يعرف لرد القصد اصل سوى قاتل المورث ويمكن انه اعتبر اصوله كل من الزم ضررا بطريق غير مباح فانه يرد ذلك عليه الا ان قوله الزوجية سبب ارثها في مرض موته غير جيد لانها سبب ارثها عند موته عن مرض او فجاءة والوجه ان يقول الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الى آخره **قوله** بخلاف ما بعد الانقضاء اي انقضاء العدة لانه لا امكان للتوريث اذ لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها على انه روي عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وابي بن كعب ان امرأة الفار ترث ما دامت في العدة ويحمل قول ابي بكر الصديق ترث ما لم تتزوج على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة اي ما لم تقدر عليه **قوله** والزوجية الخ جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اي الزوجة في هذه الحالة اي حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل في حال مرضها ونقول لو كانت هي المريضة فابانت نفسها بان ارتدت حيث يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لانها بانت بنفس الردة قبل ان تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لانها لا تقتل **قوله** فيبطل في حقه برفع اللام فيبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت بخلاف ما اذا ابانها في مرض موته ثم مات حيث ترثه لان الزوجية وان بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية حكما في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها وضبطه بنصب اللام على انه جواب النفي سهو لانه حينئذ ينعكس الغرض ان يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارثه منها فبطلت ولكنها ليست بسبب فلا يبطل واذا لم يبطل فيجب ان يرثها ولا يقول به احد **قوله** فان طلقها ثلاثا بامرها ليس قيدا بل المقصود ان يطلقها باتنا بامرها ولهذا عطف قوله او قال لها اختاري فاختارت نفسها عليه فان هذا القدر انما يثبت طلقة بائنة وكذا اذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها اما في الاولى فللام منها بالعلة واما في الاخريين فلانها باشرت العلة اما في التبرع فكاهر لانه تمليك منها واما في الخلع فلان التزام المال علة العلة لانه شرط الطلاق ومباشرة احد ضعفي العلة كمباشرتها بخلاف مباشرة بعض العلة فمن قدر على ذلك ما لو قال لامرأته في مرضه وقد دخل بها طلقي نفسك ثلثا فطلقت كل واحدة نفسها

والتاخير لحقها وان قال طلقي للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لان الطلاق الرجعي كثير الوقوع في المنكوحة فيكون التاخير اضارة بطلاق حقها وان قال طلقي من ضرتك كنت طلقتك ثلاثا

فطلقت واشتغلت عدتك فصدقته ثم اقر انها بانت بواحدة صيبة تمامها الاول من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح تبين من الزوج الاول وصيبة وان طلق الثاني ضرته

بعد ما اقام الزوج له بانت بصيبة تمامها الاول من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا الا في قول ابي يوسف فان له ما اوصى به لان الميراث ما يبقى بعد الموت والمراد من صيبة

الاولى الوصية وجه قولهما ان المسئلة لا ترى انها لما اقدما على الطلاق والانقضاء العدة صارت اجنبية عنه حتى جاز له ان يتزوج اختها فاعتبر مسئلة الاولى ولهذا تبين من ضرته

لما اشتغلت عدتها بالاولى ولابي حنيفة رح ان المسئلة لا تنفك العدة بانية وهي سبب الفرقة والحكم يدار على اول الفرقة ولهذا يدار على التحريم والرابعة والاولى في المسئلة الاولى ولابي حنيفة رح

في المسئلة ان الفرقة قائمة لان الزوج قد اختار الطلاق لينفرد بالوصية عليها فيزيد حقه والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليرث الزوج

بجهة زيادة عما يرثانه من الفرقة في الزيادة فردد اياها لانها فوت الميراث فصحت ارادة كما لو اضعة عادة في حق الزكوة والتزوج والشهادة فلا تهمة في حق هذه الاحكام

وصاحبها على التعاقب طلقتا ثلاثا بتطليق الاولى لا الثانية ورثت الثانية لانها لم تباشر علة الفرقة للاولى لانها المباشرة ولو بدأت الاولى

بطلاق ضرتها ثم بطلاق نفسها ثم الاخرى كذلك ورثتا لان الواقع على كل منهما طلاق ضرتها لا طلاق نفسها لخروج الامر من يدها باشتغالها

بطلاق الضرة والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس ولو طلقت كل نفسها وصاحبتها معا طلقتا ولم ترثا لان كلا طلقت بتطليق نفسها ثم

اشتغلت بما لا يفيد من تطليق ضرتها وان طلقتا احداهما بان طلقت نفسها وطلقت ضرتها وجد ذلك معا طلقت ولا ترث لانه وجد حقيقة طلاق

نفسها وطلاق الوكيل فيضاف الى الملك لانه اقوى وكل ما يصلح علة وقد تراخى فيضاف الى كل كان ليس معه غيره ولو قال ضرته طلقا نفسكما

ان شئتما فطلقت احداهما نفسها وصاحبتها لا تطلق واحدة منهما حتى تطلق الاخرى نفسها وصاحبتها لتعلق التفويض بمشيتهما خلافا لزفر كانه قال

طلقا انفسكما ان شئتما طلاقها بخلاف ما تقدم لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك ولو طلقت الاخرى بعد ذلك نفسها

وصاحبتها طلقتا لوجود كمال العلة وورثت الاولى لا الثانية لان الثانية باشرت آخر جزء العلة والاولى بعض العلة ولو خرج الكلام منهما معا بانتا

وورثتا ولان كلا باشرت بعض العلة هذا كله بشرط المجلس لانه تمليك ولو قال في مرضه امركما بيدكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد احداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء

الا انهما اذا اجتمعا على طلاق واحدة منهما يقع وفي قوله ان شئتما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما في شيئين فاذا اجتمع رأيهما في شيء صح كما لو وكل رجلين ببيع عبد

فباع احدهما ونهاه فوض اليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان على ما قبل الشرط ولو قال طلقا انفسكما بالف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بالف معا

او متعاقبا بانتا بالف ويقسم على مهريهما لان الالف مقابل بالبضعين فلا تتبعض قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجها عليه ولم ترثا لان الفرقة لا تقع الا

بالتزام المال فالتزام كل علة لانه شرط الطلاق فكان كل فعل واحدة علة وفعل الاخرى شرطا والحكم يضاف الى العلة فلذا بطل الارث ولو طلقتها

احداهما طلقت بحصتها من الالف لانهما مأمورتان بطلاقها فقد اتيا ببعض ما امرتا به ولم ترث لانه وقع بقبولهما وان قاما بطل الامر لانه

طلاق ببدل فشرط اجتماعهما بخلاف المأمورين بالطلاق بلا بدل لانه ينفرد كل منهما بايقاع الامر واذا بطل الامر في حق نفسها لانه تمليك

بطل في حق الاخرى لفوات الشرط وهو اجتماعهما الكل من الكافي قوله والتاخير اي تاخير عمل الطلاق لحقها وهي قد رضيت بابطاله ولذا جعلت

الفرقة في مرضه بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لرضاها بالمبطل وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج

فلم يكن جانيا في الفرقة بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فاجاز الزوج في مرضه حيث ترث لان المبطل للارث اجازته ولو وقعت الفرقة بتمكين

ابن الزوج لا ترث الا ان يكون ابوه امره بذلك فتبرأ منه لانه بذلك ينتقل اليه فيكون الاب كالمباشر ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي

مريضة ورثها الزوج لكونها فارة وفي الجامع لو فارقته في مرضها بخيار العتق او البلوغ ورثها لانه من قبلها ولذا لم يكن طلاقا وفي البدائع

جعل هذا قول ابي حنيفة ومحمد رح في الفرقة بسبب الجب والعنة واللعان لا يرثها لانها طلاق فكانت مضافة اليه واورد وينبغي ان لا يرثها اصلا

لانا جعلنا قيام العدة كقيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة واجيب لما صارت محجورة عن ابطال حقه تبقى النكاح

في حق الارث دفعا للضرر عنه اورد القصد الى ابطال حقه كتعجيل الارث ولا يخفى ان هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم توريث

امرأة الفار اذا مات بعد العدة كما هو قول مالك وفي القنية اكره على طلاقها الثلث لا ترث لعدم قصد الفرار ولو اكرهت على سؤالها الطلاق

ترث قوله وان قال لها كنت طلقتك الى قوله فلا تهمة في حق هذه الاحكام هاتان مسئلتان ما اذا اتصادقا في مرضه على طلاقها وانقضاء عدتها

قال ومن كان محصورا في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا ثم قتل في المعركة وهو ان كان قد بارز رجلا وقدم ليقتل في قصاص او حبس ثبت ميراثها منه في ذلك الوجه وقيل هذا اصله هنا ان حكم الفرار يتعلق بمعنى في المريض اذا كان صاحب الفراش وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كالمبتدئة بالصحاح وقد ثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب ما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار في المحصور الذي بارز وقدم ليقتل الغالب منه الهلاك فتحقق به الفرار وكذا اخوات تخرج على هذا الحرف وقد ورد الاثبات في ذلك الوجه وقيل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل واذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح اذا جاء رأس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صليت فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار

قبل المرض وما اذا انشأ طلاقها ثلاثا في مرضه بسؤالها ثم اقر لها بمال او اوصى لها بوصية فعند ابي حنيفة ردها الا قدر الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين وقالا في الاول كقول زفر وفي الثاني كقول ابي حنيفة رح لزفر ان المانع من صحة الوصية والاقرار للوارث قد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الاولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتباره وجهها قلنا ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة غير انها قالا انما هي ثابتة في الثانية لا الاولى وذلك لان ثبوت التهمة به باطن فادير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الاولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين والدليل ان مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع انما يتنفي بالتهمة في جواز الشهادة ثابتة في الاولى حتى جازت شهادة احدهما للآخر فعلم انتفاء التهمة شرعا وانها صارت اجنبية وعن هذا جاز وضع الزكوة فيها وان تتزوج بآخر من وقت التصادق ولابي حنيفة ان قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة ايضا نظرا الى تقدم النكاح المفيد للالفة والشفقة وارادة ايصال الخير ولما لم يظهر بالتصادق عليه الا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الاقرار والوصية وهذه التهمة انما تحقق في حق الورثة لا في حق هذه الاحكام اذا لم تجر العادة بالتواضع للزوج باخذها او هي بغيره او لدفع الزكوة او للشهادة فكذا اصدقا فيها لا في حق الورثة وهذه التهمة انما هي في الزائد فتبقى ثم ما تاخذه انما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين وفائدته انه لو قوي شيء من التركة قبل القسمة فالقوي على الكل ولو كان ما تاخذه بطريق الدين لكان على الورثة ما دام شيء من التركة ولو طلبت ان تاخذ دنانير والتركة عروض ليس لها ذلك ولو كان دينا لكان ذلك لها ولو ارادت ان تاخذ دينا على التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم ان يعطوها من مال آخر وتقابل فيه بزعمها ان ما تاخذه دين ولو اقر بفساد نكاحها او نفاه ابنه في مرضه ثبت وفي جوامع الفقه وكذا لو قال كنت جامعت امك او تزوجتك بغير شهود وقوله ولهذا يدار على النكاح ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر والقرابة اي قرابة الولاد فلا يقبل من الولد وان سفل لابيه وجده ولا الاب والجد لابنه وابن ابنه وفي الغاية ينبغي ان ينظر ان كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمتها في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والاحسان اليها فحينئذ لا تهمة في الاقرار لها والوصية وان كان ذلك في حال الصحة وبالتهمة في هذه ينبغي ان لا يصح اقراره ووصيته للتهمة وقاسه على ما في الذخيرة فيما اذا قالت لك امرأة غيري او تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق فانه قال قيد الاولى بحكم الحال ان كان قد جرت بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضب يقع الطلاق عليها ايضا وان لم يكن كذلك لا يقع قال السروجي فتقييده بما ذكر من تحكيم الحال هناك ان يحكم هنا انتهى وقد يفرق بان حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت علي ونحوه اذا اقترن بالمشاجرة اما هنا فلا اذ الايصاء بما هو اكثر من الميراث ظاهر في ان تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها والا لم يرض لها ظاهرا والحاصل ان الظاهر بذلك التواضع ايضا على اظهار الخصومة والتشاجر وكثيرا ما يفعل ذلك اهل الحيل للاغراض **قوله** ومن كان محصورا الخ الحاصل ان مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده وغلبة الهلاك يكون حال عدم المرض كما يكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصا او في سفينة فتلاطمت الامواج وخيف الغرق او انكسرت وبقي على لوح او افترسه سبع فبقي في فمه بخلاف ما اذا كان محصورا في حصن او في صف القتال او محبوسا للقتل او نازلا في مسبعة او في مخيف من العدو او راكب سفينة ودون ما قلنا والمرأة في جميع ذلك كالرجل فلو باشرت سبب الفرقة فيما ذكرنا من احوال الفرار كخيار البلوغ والعتق وتمكين ابن الزوج والارتداد وتهاجر على ابنها آنفا والحامل لا تكون فارة الا في حال الطلق وقال الكرخي اذا تركها ستة اشهر ثبت حكم فرارها لتوقع بالولادة في كل ساعة قلنا المناط الخوف منه الهلاك

[illegible]

وذكر في منية الفتاوى وتقييد بالمرض قيل ان لا يقدر ان يقوم الا ان يقام وقيل اذا خطا ثلث خطوات من غير ان يهادى فصحيح والا
فريض وصنف بان المريض جدا لا يجوز ان يكلف لهذا القدر وقيل ان لا يقدر ان يمشي الا ان يهادى وقيل ان لا يقوم بحوائجه في البيت
او يتعاطاه الا بمشقة وان كان يتكلف الدين يقتضيها فيه وهو يشتكي لا يكون فارا الا ان الانسان قلما يخلو عنه واما من يذهب ويجيء ويحكم فلا
وهذا الصحيح فاذا امكنه القيام بما في البيت لا في فارجه فالصحيح انه هذا في حق الرجل اما المرأة فاذا لم يمكنها الصعود الى السطح فهي مريضة
والسلول والفلج والقعد ما لم يزدادا به ضعفا غالب الهلاك والا فكالصحيح وبه يفتى بيان الائمة والصدر الشهيد وقيل ان يرجى برؤه
بالتهادي فكالمريض والا فقيل ان كان يزداد ابدا الا ان كان يزداد تارة وقيل اخرى لو قرب للقتل فطلق ثم خلي سبيله او حبس ثم قتل لا يبات فهو كالمريض
ترث لانه اظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بغير واعلم ان قوله وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت له حكم الفرار يقتضي الحاق
حالة الطلاق للحامل والمبارزة بحالة الصحة الا ان يبرز لمن علم او ليس من قرائنه فالاولى ان يعلق بما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الهلاك غالبا
كما ذكره في المرض على ان غالبا متعلق بالخوف وان لم يكن الواقع عليه الهلاك قتال واما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الاصحاب حكم المرض
فقال الشافعية ولم ارد لشيخنا قوله فانت طالق اي طالق بائن لان الفرار يثبت به لا بالرجعي والله الموفق قوله اما ان يعلق الطلاق لم يخلو
اما ان يعلقه بفعل احد او لا الثاني التعليق بنحو مجيء الغد والاول اما بفعل نفسه او غيره وهو اما المرأة او اجنبي والكل على وجهين اما ان يكون
التعليق بوقوع الشرط في المرض والشرط فقط ففي التعليق بفعل الاجنبي ومجيء الوقت ان كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال
تعلق حقها بماله وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان ايقاعا في المرض
ولنا ان المعلق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا يعني ليسلم قوله زفر وانه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ولذا لو كان مجنونا عند
الشرط وقع ولو حلف بهذا التعليق لا تطلق ثم وجد الشرط لم تحنث فلو كان تطليقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الاول وحنث في الثاني ولانه
لم يكن فارا بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الاجنبي ومجيء الوقت فلا يكون خائنا واما في التعليق
بفعل نفسه فترث على كل حال وان كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الابطال اما بالتعليق ان كان في المرض او لمباشرة الشرط
ان كان التعليق في الصحة وكون الشرط لا بد منه غاية ما يوجب اضطراره والاضطرار من جانب الفاعل لا ينفي الضمان كمن اضطر الى اكل مال الغير
او اتلفه نائما او مخطئا يضمن وان لم يوصف فعله بالظلم وحقها صار معصوما بمرضه فاضطراره الى ابطاله لا يرد عليه تصرفه الا ان هذا حكم الفرار مع
عدم الفرار وما كان موجب الميراث الا الفرار والفرار مع عدم القصد وقوله وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الفاعل بالمعلق
ان المنظور في اثبات حكم الفرار اذا كان الشرط لا بد منه التعليق ويستلزم ان لا يثبت الفرار الا ان يكون التعليق في المرض لكن ثبوت الفرار مع
كون الشرط لا بد منه في حالتي كون التعليق في المرض والصحة وعلى الثاني لا يستقيم النظر الى التعليق في اثبات الفرار لانه ليس في حال تعلق
حقها ويمكن ان يقال انه اضطرار جاء منه حيث علق بما لا بد منه مع علمه بورود اسباب الموت وانه لاضطراره الى الشرط بفعله فكان حال التعليق راضيا
بالشرط بل انما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه ما فيه واما التعليق بفعلها فان كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد لم ترث
قوله لانها راضية بذلك اي بالطلاق لان الرضا بالشرط رضا بالمشروط اورد عليه ما لو قال احد الشريكين في العبد لشريكه ان ضربته فعبدي حر

كما لا يكون قال فإذا ماتا معا [illegible] ولكن تقول المرأة إذا انعقد [illegible]

الصحة لا ينعدم بموت غيره إنه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير إذ صار لو ماتا معا فارتدا والعياذ بالله ثم أسلمت ثم ماتت من مرض موته وهي في العدة لم ترث وإن لم

تحدث طلاقا بل ارتدت بعد الطلاق وتحقق الفرقة بالردة أبطلت أهليته لإرث المطلقة لا ردة أحق ولا بقاء له بدون الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن الحرمة لا تنافي الإرث

وهو الباقي بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح لأنها تحت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب بعد الطلاق الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة بل تقدمها عليها فافترقا ومن

قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض وفرق قال محمد لا ترث إن كان القذف في المرض وبه أخذ في قولهم جميعا وهذا على التعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة

إلى الخصومة لدفع العار والزنى تقيما وقد بينا الوجه فيه وإن كان القذف في الصحة ثم بانت بالإيلاء وهو صحيح ثم فرق وإن كان الإيلاء في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى التعليق بالطلاق

بمضي أربعة أشهر حال من الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا أنه قال في صحته قال رضي الله عنه والطلاق الذي بانت به الزوجة ترث منه

فتضمن بالشرط ولا ضمان في الحالف فقد رضي بالشرط ولم يحتمل ذلك رضا المشتري وأجاب في النهاية بما حاصله أنا لا نسلم أن الرضا بالشرط يوجب أن يكون

مضطرا إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسئلة الإعتاق فإنها موجودة فيما إذا كان أحد الشريكين قال إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له

شريكه إن ضربته فهو حر فضربه فالمضارب تضمين الحالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط وفعل الشرط مضطر إلا بدل على الرضا وأجاب

في الكافي بأن حكم الفرار يثبت على خلاف القياس لشبهة العدوان فيبطل بالشبهة الرضا ولا كذلك الضمان وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكلف

لنفي حكم الفرار وإن كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلوة الواجبة وكلام الأبوين ومنه قضاء الدين واستيفاؤه والقيام والقعود

والتنفس فلهذا لم ترث لأنها مضطرة في المباشرة قوله كما في الإكراه بأن أكره السلطان على إتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن فينتقل الفعل

إليه كذا هنا أو كفعل القاضي ينتقل إلى الشاهدين حتى يضمنا إذا رجعا لأنه يصير ملجئا حتى لو لم يقض بقتل وفي مبسوط شيخ الإسلام الصحيح

ما قاله محمد قوله فلا يصير الزوج فارا يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص إنما يتحقق شرعا بالإبانة في حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا

في مرض موته وقد ظهر خلافه أو نقول هو بطلاقه فار لكن الفرار إنما يؤثر الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة قوله

ولو طلقها أي بائنا أو ثلاثا أو غيره في مرضه وهذا لأنه فرع على هذا الطلاق لنفسه مسئلة المطاوعة وقال إنها ترث ولا يتفرع إرثها عليه إلا إذا طاوعته بعد البائن لأنها لو طاوعت

بعد الرجعي لا ترث كما لو طاوعت حال قيام النكاح قوله لم ترث بخلاف النفقة فإنها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود لأنها مستحقة

قوله لأن الحرمة لا تنافي الإرث وهو الباقي بعد ذلك لا الطلاق ولم يوجد ما يزيله لأن الحرمة لا تنافي الإرث بل تثبت معه كما في الأم

والبنت فإنها تنافي النكاح خاصة فيبقى الإرث لعدم المزيل فمرجع ضميره وهو الباقي الإرث قوله في حال قيام النكاح أي حالة المرض

قوله فتكون راضية ببطلان السبب وهو النكاح وذلك رضى ببطلان المسبب قوله لتقدمها عليها أي لتقدم الحرمة على المطاوعة لحصولها

بالطلاق السابق عليها قوله وقد بينا الوجه فيه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة أي مباشرة الشرط ولا رضا مع الاضطرار كذا قيل والأوجه كونه قوله بعد ذلك

لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه الخ لأن الأول ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض و

ما ذكرنا ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه فإن القذف كان في الصحة

واللعان في المرض قوله إذ هي ملجأة إلى الخصومة ظاهر في أن الملجئ بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها أي مطالبتها بموجب القذف

لأنه يندفع العار ولو جعل لعانها صح أيضا إذ هي ملجأة إليه من قبله أو لعانه يلجيها إلى لعانها لا يقال هو أيضا ملجأ إلى لعانه من قبلها لأن

الإلجاء في الكل يعود إليه لأنه ألجأها إلى الخصومة وأثر لعانه فكان لعانه منسوبا إلى اختياره فهي وإن باشرت لعانه آخر جرى مجرى الفرقة وهو

ما تمسك به محمد يعني لأن لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها إليه وقيل في وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق

حقها به ولا يخفى أنه سبب بعيد ثم قيل على الأول إن سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان وأجيب بأن الملجئ للقاضي إلى الحكم والحكم لا يستند إلا إلى الشهادة

واللعان هو الشهادة الملجئة قوله فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت كأنه قال في صحته إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق فمضت

في مرضه ثم مات فيه لا ترث كما لو علق في صحته بأمر سماوي ووجد الشرط في المرض لا يكون فارا وأورد عليه أن الإيلاء في الصحة ليس مثل التعليق

بمجيء الوقت بل نظير ما لو وكل في صحته بالطلاق وطلقها الوكيل في المرض كان فارا لأنه متمكن من عزله فإذا لم يعزله كان فارا كذا هو متمكن من

في جميع الوجوه لما بينا لانه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطي فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا انها ترث ما ترث اذا ماتت وهي في العدة وقد بينا

من ابطال الايلاء في المرض بالفئ فاذا لم يفعل ينبغي ان يكون فارا اجيب بالفرق بانه لا يتمكن من ابطال الايلاء الا بضرر يلزمه فان الفئ باللسان لا يجوز اذا كان الايلاء في حال الصحة بل اذا كان في حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل

قوله في جميع الوجوه اي سواء كان الطلاق بسؤالها او لا او كان التعليق بفعلها او بفعله والفعل مما لها بد او لم يكن لا يستثنى من عمومه الا قيام العدة فانه مشروط فيها جميعا **ثم** قال صحيح لموطوءته احدكما طالق ثلثا ثم بين في مرضه في احدهما صار فارا بالبيان وترث لانه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده كما لو انشأ قبل انشاء في حق الارث للتهمة ولو ماتت احدهما قبله ثم مات بقيت الاخرى ولم ترث لانه بيان حكمي فانتفت التهمة عنه كما لو علق في صحته بمجيء رأس الشهر فجاء وهو مريض لا ترث لانه بيان حكمي بخلاف ما قبلها لانها تعينت للطلاق بفعله فترث كما لو علق في صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط في المرض فان كان له امرأة اخرى غير الثنتين فلها نصف الارث اذ لا يزاحمها الا امرأة واحدة لان احدهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما في الاستحقاق ولو ماتت التي بين طلاقها قبل موته لم ترثه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانها بخروجها عن اهلية الارث بالموت وكان الارث للاخرى لان التعيين دون الانشاء ولو انشأ في مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الارث للاخرى هنا ولو كانت له امرأة اخرى كان بينهما نصفين وان ماتت الاخرى وبقيت التي بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لها نصف الارث لان البيان انما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهرا وحقها الثابت ظاهرا وقت البيان النصف فلم يرد عليه وهذا لانها منكوحة من وجه دون وجه فانما تستحق النصف حتى لو كان معه امرأة اخرى كان لها الربع وثلثة الارباع للمرأة الاخرى لانا انما ابطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها في الربع فكان للمبينة الربع ولان الاخرى منكوحة من كل وجه فتستحق كل الارث وهي منكوحة من وجه فتستحق نصفه فسلم النصف للاخرى بلا منازعة واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما فان لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت احدهما لاقل من سنتين فهو ليس ببيان او بقي الزوج على خياره لان العلوق يحتمل كونه بوطي قبل الطلاق وذا لا يصلح بيانا فلا يكون بيانا بالشك اذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق فان نفى الزوج هذا الولد امر بالبيان فان قال عنيت عند الايقاع التي لم تلد لاعن منه وبين التي ولدت ويقطع نسب الولد منه ويلحق بالام لانه قذف منكوحته وان قال عنيت التي ولدت يحد لانه لما كان مراده وقت الايقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين انه قذف اجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان فان قال لم اعن عند الايقاع احدا ولكن اريد بالمبهم التي ولدت لا يحد لانه قذف منكوحته لان الطلاق يقع عند وقت التعيين ولا لاعن ايضا لان شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر وان ولدت لاكثر من سنتين من وقت الايقاع تعينت الاخرى للطلاق لتيقننا بالوطي بعد الطلاق وحكم الشرع ثبوت النسب منه حكم بكون الوطي منه ضرورة والوطي بعد الطلاق المبهم بيان اجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح فان نفى الولد لاعن ولا يقطع النسب عنه لان حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه فان ولدت احدهما لاقل من سنتين من وقت الايقاع والاخرى ولدت لاكثر من سنتين تعينت صاحبة الاقل للطلاق لان وطيها لا يصلح بيانا ووطي صاحبة الاكثر يصلح بيانا وهذا لان المولود لاكثر

باب الرجعة

وإذا طلق الحر امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها سواء كانت حرة أو أمة لقوله تعالى فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وهو الرجعة ولأن العدة من آثار النكاح فيملك الرجعة استدامة لملك النكاح كما في الإيلاء وهو البقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لا بعد انقضائها والرجعة أن يقول راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة

من سنتين حصل العلوق بعد الطلاق المبهم بيقين لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين إما علوق الأخرى فمشكوك فيه فلا يكون بيانا وعدة صاحبة الأقل تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر بعدها أقل من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر وطئها كان قبل ولادة صاحبة الأقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأقل بالحيض لاحتمال وطئ صاحبة الأكثر كان بعد ولادة صاحبة الأقل وإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا وإن تزوج بموطوءة صاحبة الأقل أو لا طلقت صاحبة الأكثر باقرارها ولا يصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الأقل فطلقتها كمن قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لامرأة أخرى بهذا الاسم وعينها طلقتها وإن ولدت كل واحدة لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى فإذا ولدت الأخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها إلى غيرها وصار كما إذا وطئ إحداهما ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرا كذا هنا ويثبت نسب الولدين من الأول لأن الأولى فظاهر وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها ثم قبل علوق الأول وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا ثم آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأنا حكمنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة وهذا لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأول ولم يصل الماء إلى رحمها لانسداد فمه فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلث لأن تلك الحال حال نزول الثلث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ولا يجب العقر لأنا جعلناه معلقا حال قيام النكاح من الكافي والله أعلم

باب الرجعة وهي استدامة لملك النكاح في العدة ظاهرة الرجعة متعدية لا تتعدى يقال رجع إلى أهله ورجعته إلى أهله أي رددته قال الله تعالى فإن رجعك الله إلى طائفة منهم ويقال في مصدره الفيء رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء ورجعا قالوا إلى الله رجعاك **قوله** رجعة الرجعي تطليق المدخول بها دون الثلث بلا مال أو طلاقين الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف بالبينة أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات وإنما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلأنا قدمنا من كنايات رجعية غيرها فما فقد شيء من هذه فالبين جمعي كالثلاث وغالب الكنايات وطلاق بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لأنها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة والمراد بالبينة مستدركان على ما في النهاية وغيرها **قوله** لقوله تعالى فإمساك بمعروف بعد قوله إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ثم قوله فإذا بلغن أجلهن والمراد بلوغ الأجل قرب انقضاء العدة أي فقرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن الرجعة بعد الانقضاء ففي الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل وعلى شرعية الرجعة ثبت إذ ثبت لأن الأمر مطلق في التقدير بقوله تعالى بعولتهن أحق بردهن ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقا أي هو الذي له حق الرجعة وإن أبت هي أو أبوها وحكمته استدراك الزوج لما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا الغيرة لأنه إنما يغيره هو أحق منه وفي اشتراط العدة إذ لا يكون بعدها بعضا وهو مما يدل على قيام النكاح أيضا وقد سبق في باب إيقاع الطلاق أن الطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لأن الرد يصدق في حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد يقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتأيد إرادة حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكا في قوله تعالى فإمساك بمعروف ونقول يمكن المحافظة على الحقيقتين بكون المراد بالرد الرد إلى الحالة الأولى وهي كونها بحيث تحرم بعد مضي العدة فلا إشكال ح أصلا

قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة إمساك على الوجه الذي كان أولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء المدة ولا ملك بعد العدة ليستدام وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها أجاب بأن اشتراط قيامها ضروري لما قلنا **قوله** بلا صريح

[illegible]

الفاظ الرجعة صريح وكناية فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتي حال غيبتها وحضورها ايضا ومن الصريح ارتجعتك ورددتك وامسكتك
وفي المحيط امسكتك بمنزلة امسكتك بها لكن بهذه يصير مراجعا بها بالنية وفي بعض المواضع يشترط في ذلك ذكر الصلة فيقول الى او الى نكاحي او الى عصمتي ولا يشترط
في الارتجاع والرجعة وهو حسن ومشكله يستعمل لشدة القبول الكنايات انت عندي كما كنت انت امرأتي فلا يصير مراجعا الا بالنية لان حقيقته تصدق على الردة باعتبار
الملك واختلفوا في الامساك والنكاح والتزوج فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح هو رجعة وعن ابي يوسف روايتان قال ابو حنيفة
بقول محمد رح واخذ في البدائع عليه الفتوى وكذا في القنية وجه قول ابي حنيفة رح ان تزوج الزوجة يلغى فلا يثبت في حقه قلنا نحن لا نعتبره باعتبار ما في عقده بل
باعتبار لفظ التزوج مجازا في معنى الامساك وفي الذخيرة لو قال راجعتك على الف درهم ان قبلت صح والا فلا لانها زيادة في المهر فيشترط قبولها وفي الخزانة والحاوي
قال راجعتك على الف قال ابو بكر لا يجب الالف ولا يصير زيادة في المهر كما في الاقالة **قوله** لا خلاف فيه بين الائمة كانه لم يعتبر احد قول مالك خلافا لانه ذكر في الجواهر
في حصول الرجعة بمراجعتك ثانية قولان لمالك كما في نكاح الهازل **قوله** او يقبلها او يلمسها بشهوة يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس لا فيهما لان الوطء والنظر الى الفرج
يفيد الشهوة فلو كان من غرضه التشريك في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل وفي المبسوط والذخيرة التقبيل بشهوة والنظر الى داخل فرجها بشهوة رجعة ولم يقيد
التقبيل في الكتاب واما النظر الى دبرها فليس برجعة على قياس قول ابي حنيفة رح وفي البدائع وهو قول محمد رح المرجوع اليه وفي بعض المواضع ذكر التقبيل واللمس
بغير شهوة فدل انهما لا يكونان رجعة وفي الخلاصة اجمعوا على انه لو مسها او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة لكن قولهم في الاستدلال
ان الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة انما تقوم بفعل يختص بالنكاح اي يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها لان القبلة مطلقا يختص حكمها به بخلاف اللمس
والنظر فانهما لا يختصان به الا اذا كانا عن شهوة لما ذكر فيكونان عن غير شهوة دليلا ولا يكون النظر بشهوة الى غير داخل الفرج مثبتا رجعة هذا ولا فرق بين كون
القبلة واللمس والنظر منها او منه في كونه رجعة اذا كان ما صدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا وان كان انتشارها بان كان نائما مثلا لا يتحقق او تعلقه
وهو يكره او منعه وذكر شيخ الاسلام وشمس الائمة على ان قول ابي حنيفة رح ومحمد رح تثبت الرجعة خلافا لابي يوسف رح انتهى وعن محمد رح كقول ابي يوسف رح وذكر ان
ابا يوسف مع ابي حنيفة رح وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة ولا فرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها او منه وكذا اذا دخلت فرجه في فرجها وهو نائم او مجنون
كانت رجعة اتفاقا كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع اذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار ينفسخ البيع وابو يوسف رح فرق بان اسقاط الخيار قد يكون بفعلها
كما اذا وجدت على نفسها والرجعة لا يكون بفعلها قط وعن ابي يوسف رح ايضا انه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها هذا اذا صدقها الزوج في الشهوة فان انكر لا تثبت
الرجعة وكذا ان مات فصدقها الورثة ولا تقبل البينة على الشهوة لانها غيب كذا في الخلاصة ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة الا عند زفر وابي يوسف رح في رواية
وتكره المسافرة بها لكراهية خروجها من المنزل وعن ابي حنيفة رح لا يكره وياتي الكلام في ذلك **قوله** مع القدرة احتراز عن الاخرس ومعتقل اللسان **قوله** لان الرجعة
بمنزلة ابتداء النكاح الخ الحاصل ان الخلاف هنا مبني على ان الرجعة سبب استدامة الملك القائم او سبب استحداث الحل الزائل قلنا بالاول قال الثاني وعلى هذا
ينبغي حل الوطء حرمته فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه وانما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها وعند انشاء النكاح من وجه وانتفاء
من وجه فتثبت الحرمة احتياطا وعلى هذا ينبغي ان الاشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول الح لانه انشاء النكاح من وجه كذا في التحفة **قوله** على ما بناه
يعني قوله الا يرى انه سمي مسكا **قوله** وسنقرره اي في آخر هذا الباب بقوله وقلنا انها اي الزوجية قائمة الخ وهناك نتكلم عليه **قوله** كما في اسقاط الخيار يحصل
بالفعل المختص بالملك كمن باع امة على انه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فسقط خياره فكما ان سقوط الخيار باستدامة ملك الرقبة ثبت
بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل اولى لان البيع معنى يزيل الملك الى ثلاثة ايام والطلاق يزيله الى ثلاث حيض فكان اضعف فزوال الملك

خصوصا في الحرائر محض لي لعلها تغيير شرعا لانه قد يحل بين النكاح كما لو تقابلت الطلقة بين الزوجين بين الساكنين في الزوجة بسكونها لان العلة لو كان رجعة لطلقها فيطلق العدة عليها
قال ابن شبرمة لا رجعة لها وقال زفر يتمم رجعة حال الشافعي وجه قوله لا يصح هو قول ابن شبرمة لانه ادعى سببا منكرا والمنكر لا يجاب ولان الطلاق مفسوخ عن عقد لا شهادة له
لكن الشهادة ليست شرطا لصحة الاستلحاق كما في الفسخ لا يلزم الاحتياط لكن في الشهادة بالاستلحاق يحمل على الاقرار بها بالمفارقة وهو مما يستحب استحبابا يعلم كما لو تقع
في المعصية وان انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته في رجعتها كذبته قوله لانه لا رجعة كما بين ان شاء الله تعالى على ما عند ابي حنيفة وهو مسئلة
الاستحلاف الاشياء الستة وقد مر كتاب النكاح ولو قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم يصح الرجعة عند ابي حنيفة وقالا تصح لانها صادفت العدة وهي باقية ظاهرا الا ان تخبر
وقد سبقته الرجعة ولابي حنيفة انها طلقت في نفسها فقالت مجيبة لمعنى انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة انها صادفت حالة لا تصلح لانقضاء الاجل عن الانقضاء فاذا اخبرت ذلك
على سبق الانقضاء واقرت احوالها حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا يثبت به

من البيع وبقولنا قال كثير من الفقهاء قال ابن المنذر اجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهري والاوزاعي والثوري
وابن ابي ليلى وجابر والشعبي وسليمان التيمي وقال مالك واسحق ان اراد به الرجعة فهو رجعة **قوله** خصوصا في الحرة فانه لا سبب لها فيها مطلقا الا النكاح بخلاف الامة
فانها تحل فيها بامرين **قوله** وغيرها كالمكاتبة والشاهد على الزنا **قوله** فلو كان اي النظر الى غير الفرج رجعة لطلقها لان مقصوده الطلاق وهذا التعميم يفيد النظر
الى دبره لا يكون رجعة وصرح في نكاح الزيادات واختلفوا في الوطء في الدبر اشار القدوري الى انه ليس برجعة والفتوى على انه رجعة اذ هو من الشهوة
وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ورجعة المجنون بالفعل لا يصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال مسستها او لمستها لا رجعة ولو قال لم
اوقع بها لا رجعة له عليها وتعليق الرجعة بالشرط واضافتها الى وقت في المستقبل باطل كالنكاح والمستحب ان يراجع بالقول وفي الينابيع الرجعة سنة ورجعة فاسدة
بالقول **قوله** هو قول مالك المذكور في كتبهم انها تصح بلا اشهاد وانه مندوب اليه كقولنا فكان ما ذكره المص رواية عنه وكذا المنسوب الى الشافعي رح قول الزعفراني
عند اصحابه فانه قال في المبسوط وفي الجديد للشافعي والاشهاد مستحب وفي الروضة لهم ليس بشرط على الاظهر **قوله** ولنا اطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الاشهاد
كقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف وتسريح باحسان وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن وقوله تعالى فلا جناح عليهما
ان يتراجعا وقوله صلى الله عليه وسلم مر ابنك فليراجعها فهذه النصوص ساكتة عن قيد الاشهاد فاشتراطه اثبات بلا دليل فيما تلي فليس بدليل عليه اذ الامر فيه
للندب لدليل انه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف ثم امر بالاشهاد على كل منهما فقد امر بشيئين في جملتين ثم امر بالاشهاد
على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله واشهدوا واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب فاذا ثبت ارادة احدهما بالنسبة الى احدهما لزم
ان يراد به ايضا ذاك بالنسبة الى الآخر والا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت ارادة الندب بالنسبة الى المفارقة فلزم ارادته ايضا بالنسبة
الى المراجعة فيكون الندب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا لا الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينتقض هذا عليه الا بانتهاض الاصل المذكور وقد بيناه على وجه بديع
فيما كتبناه في الاصول مع هذا التقرير لا حاجة الى ايراد ان القرآن في النظم لا يوجب القران في الحكم فكيف تاتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتامل اصلا **قوله** كما لا تقع
في المعصية قيل عليه المعصية بدون علمها بالرجعة ودفع بانها اذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الامر واستشكل من حيث ان هذا ايجاب السؤال
عليها واثبات المعصية بالعلم بالظهر عندنا وليس السؤال لا الفرع لها هو متوهم الوجود بعد تحقق صدمة فهو دون اعلامه اياها اذ هو ايضا مثل ذلك فاذا كان مستحبا لانه تصرف
في خالص حقه فكذا استيلاؤها يكون مستحبا لانها في النكاح كذلك ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت باخر فهي امرأة الاول وحل لها الاول **قوله** واذا انقضت العدة الخ
هنا مسئلتان الاولى اذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد انقضائها كنت راجعتك فيها والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الانشاء لا الاخبار
فاما ان تكون المرأة امرأته او حرة وكل منهما اما ان تصدقه او تكذبه ففي الحرة لو صدقته تثبت الرجعة لان النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة اولى وان كذبته لا تثبت
لانه اخبار والخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه ومجرد دعوى ملك في وقت لا يملك انشاؤه فيه لا يجوز قبولها مع انكار المدعى عليه الا ببينة بخلاف
ما اذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه انشاؤه كان يقول في العدة كنت راجعتك امس فتثبت ان كذبته لانه ليس منقطع فيه لتمكنه من ان ينشاه في الحال او يجعل ذلك انشاء
ان كانت الصيغة تحتمله فصار كالوكيل اذا اخبر قبل انعزاله بيع العين يصدق للملك الانشاء وبعد ما بلغه العزل لو اخبر بيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله الا ببينة
لانه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ان تحلف المرأة اذا كذبته بل تذهب الى حالها بلا يمين عند ابي حنيفة رح وهي احد الاشياء الستة التي لا يمين فيها عنده وفي
الامة ان كذبته وصدقه المولى فالقول لها عند ابي حنيفة خلافا لهما وان صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى واختلف في قول ابي حنيفة والصحيح انه

وإذا قال الزوج للأمة بعد انقضاء عدتها كنت راجعتك صدقه المولى كذبه لأنه قال قولا له فيه منفعة وهو الإقرار والمولى لكن بفسخها عليه له تقرير ما هو
كالمنفعة للزوج فيه شبه الإقرار بالنكاح وهو يقول الحكم لو رجعته يبتني على العدة والقول في العدة قولها لكن إنما يبتني عليها لو كان على التقدير فالقول قول المولى لكن لعنكم
لأنها منقضية العدة في الحال وفي ظهر ملك المتعة فهو كما لو قبل قولها لو قال أبطلت الوجه الأول كان المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة فيه ولا يظهر ملكه لعدم
وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة
لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم ينقطع الرجعة حتى تغتسل

قوله وسيأتي وجه الأقوال في الكتاب فإنه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للأمة بالمسألة الثانية وهي إذا قال قبل الانقضاء فلا وفاقه فنقول أما المسألة
الثانية فإن قالت بحيث انقضت عدتي مفصولا لا تثبت الرجعة اتفاقا لأنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور ولو قيل وجب إحالته
على أقرب حال للتكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة لكن وإن قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة ولا يخفى أن
هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا إن ادعت أنها ولدت وثبت ذلك وعندهما تصح الرجعة لأنه إنشاء حال
قيام العدة وظاهر البقاء ظاهر إلى أن تقر بانقضائها فتثبت كما تثبت الطلاق لو قال طلقتك فقالت بحيث انقضت عدتي أختها طلقة أخرى
وأبو حنيفة رح يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمينة في الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة
لانقضاء العدة فلا تصح كما لا يقع الطلاق في قوله أنت طالق مع انقضاء عدتك وعلى هذا لو اتفق أن خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي
ينبغي أن لا تثبت الرجعة ومسألة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده وقيل والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به لإقراره بالوقوع في حق نفسه
ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقرارا فإذا ظهر أنه إنشاء في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع نعم لو عرف أن مقتضى الفقه كون إيقاعه وجد في حال الانقضاء
فلو قال لا أعتبر هذا بل وقع الزمن لأنه مقر على نفسه والأوجه فيما أدعى صحيته أن طلقتك ونحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء تحتمله لتقدم الطلاق
الأول وراجعتك بالعكس فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع ويستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها والفرق لأبي حنيفة رح
بين هذه وبين الرجعة حيث لم يستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن الزوج والاحتباس في
منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن بذلها لا يجوز ثم إذا بطلت بنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب
بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة **قوله** وإن قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول لها عندهما وقالا
للمولى لأنه إقرار بما هو خالص حقه وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها
في العدة لأنه منفرد بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى الرجعة وهو يقول إن حكم الرجعة من الصحة عدمها
ينبني على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمينة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلا فكذا فيما يتبنى عليها وفيه نظر إذ لا ملازمة
يحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونه لها فيما يتبنى عليها إلا إذا وقع لازما لوجود قولها في العدة قولا أي بأن تدعي فيها الثبوت والانقضاء
فتثبت الرجعة وعدمها لازما لذلك لأن كون القول قولها فيما يثبت لا لأجل أن القول لها في المستلزم للمعنى يقتضيه فيها وهذا لا يقتضي سماع قولها في
الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها وإنما ادعى في حال لا ملك له عليها
راجعها قبل الانقضاء وهي منكرة أن يكون ذلك فعل فلا يقبل عليها **قوله** ولو كان على القلب بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق **قوله** في
الصحيح احترازا عما في النهاية أنه على الخلاف أيضا وقال بعض أصحابنا لا يقضى بشيء حتى يتفق المولى والأمة ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا
ويقبل أن لا يقضى بالرجعة ولا بعدمها وفي المبسوط لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح ووجه الفرق لأبي حنيفة رح أن الغرض أنها منقضية العدة في الحال
ويستلزم ظهور ملك المولى المتعة ولا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبته وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر
ملكه مع العدة فيقبل قوله **قوله** وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به دون غيرها

وتبين على ما قلت سواء كان الانقطاع لاقل من العشرة بمجرد الانقطاع خرجت من العدة فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يعتمد مدة الدم ولا يلزم ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال ليلزم حكم الطاهرات بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة الى خروج وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد رح اذا تيممت انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به جميع احكام الاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه طهارة ضرورية لا تستباح بها الا فرض كاستباحة الميتة وعند الضرورة تحقق حال الصلوة لا يتأبد الى الاوقات

اي بالانقطاع ولذا يقبل قوله انا في حائض حتى لا يحل قربانها للزوج والا لم يصدق ولو قالت ولدت تنقضي العدة بالولادة لا تقبل الا ببينة ولو استمرت سقطا مستبين بعض الخلق فللزوج ان يطلقها ثلاثا بناء على انها السقطت بهذه الصفة بالاتفاق ولا فرق في هذا بين الامة والحرة **قوله** او يمضي عليها وقت صلوة اي بان يخرج وقتها الذي طهرت فيه فيصير دينا في ذمتها فان كان الطهر في آخر الوقت فمدة ذلك الزمن اليسير وان كان في اوله لم يثبت هذا حتى تخرج لان الصلوة لا تصير دينا الا بذلك وعلى هذا الطهر في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة الى دخول وقت العصر **قوله** بخلاف ما اذا كانت كتابية فانه لا يتوقع في حقها امارة الى الخروج من الحيض فاتحة على وجود الانقطاع لان الغسل والصلوة ليسا واجبين عليها فيجرد الانقطاع وان كان باقل من العشرة حل وطيها اذا انقطعت رجعتها **قوله** وتنقطع اذا تيممت وصلت اي فرضا او نفلا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح **قوله** حتى تثبت به من الاحكام برفع تثبت لان حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل والمراد بالاحكام جواز الصلوة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف وهذه احكام الغسل فكان التيمم مثله ثم انقطاع الرجعة هو المأخوذ فيه بالاحتياط وكذا الواعتات وبقيت لمعنى انقطعت كذا الواعتات بسبب الحاجة مع وجود الماء المطلق والتيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلوة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلوة اولى ولا يشكل عليه انه لا يحل لها التزوج بالاتفاق لان التيمم وان قام مقام الغسل هو اضعف منه والاحتياط في التزوج تقديم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يتهيأ رجل في شبهة **قوله** وان لم يثبت غير طهارة حقيقة لا شرعا كذا في الدراية ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للاوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا محمد افضل الرسل الكرام عليه افضل الصلوة والسلام فنقول هذا البحث له ثلاث موارد في الفقه اولها باب التيمم في البحث مع الشافعي رح في جواز الفرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافا له وهو مبني على ان التيمم طهارة مطلقة او لا فقال انها ضرورية تثبت ضرورة ادا المكتوبة فيتقدر بقدرها فلا يبقى بعدها فاتفق تمشي في جوابه على انها مطلقة فعمل عمل الماء الباقي شرطه وصرح في النهاية في تقريره بان التيمم يزيل الحدث من كل وجه باقي شرطه وهو العدم كالماء الا انه بالماء مقدر الى وجود الحدث وهنا الى شيئين الحدث والماء ثانيها باب الامامة في مسئلة اقتداء المتوضي بالمتيمم فاختلفا فيها فقال محمد رح هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضي به وقالا مطلقة فيجوز وثالثها هنا فاختلفوا ايضا الا انه عكس كلامهم فترى اي لمرد وجهان من المناقضة احدهما قوله في الامامة ضرورية بعدما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من انها مطلقة والثاني ان يعيد ما قال في الامامة انها ضرورية وقال هنا مطلقة ولها وجه من المناقضة وهو قولهما هناك مطلقة وهنا ضرورية لموثق وكثير من الشارحين ياخذ في التقدير قولهما انه لا يزيل الحدث بيقين ولهذا عند وجود الماء انما يصير محدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا والجواب انه لا شك في ان للتيمم جهة الاطلاق وجهة الضرورة وغاية انه ايضا الموقت في نفسه مغير لا يطهر لا ينظف فمعنى الاطلاق انه يزيل الحدث مطلقا كالماء الى غاية اعدام من وجود الحدث او الماء ومعنى الضرورة ان شرعيته ضرورة ادا المكتوبات وعدم تقويتها وتكثير الخيرات عند عدم الماء اكراما لهذا النبي الكريم وامته ولذا كان من الخصائص وهذا لا يفيد الاطلاق بمعنى الاطلاق اذ حاصله بيان سبب شرعيته لما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وانما يفيد ضعفه والخطاطة عن التطهير بالماء واما كونه طهورا مغيرا فهو سبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء فانه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين هيئة الاعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك كمده لم يشرع الا للضرورة المتحققة من الحاجة الى الادا مع عدم الماء اكراما للنبي محمد صلى الله عليه وسلم فذكر التلويث وعدم تطهيره في نفسه كسبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة اذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي انها مطلقة اي يزيل الحدث ويستباح به كل ما يستباح بالماء على الوجه الذي يستباح به يتفرع به تقرير الصحة به على فرض واحد لا ينافي قولهم انها ضرورية على ما سمعت فمن قال انها مطلقة في موضع وقال في آخر انها ضرورية لم يكن مناقضا اصلا وقول من ذكر في تقريره انه لا يرفع بيقين حاصله فرق بينه وبين الماء فان الماء يرفعه بيقين وهذا يرفعه ظنا للخلاف في ان الحدث امر حقيقي

وعن ابي يوسف لا ان ترك المضمضة والاستنشاق كتركه عضوا كاملا وعنه وشرح في الاصل لا يخفى ان المذكور في المتون في فرضية اصل الغسل لا في فرضية كل عضو من الاعضاء وفي الاصل
وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل في ظهر غيبته يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا اذا اتت بولد بعد
جعل اقرارا اذ ثبت الوطء تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد يوجب الرجعة ويبطل ذكره بتكذيب الشرع الا يرى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان للرجعة الى تاويل مسئلة الولادة
ان تلد قبل الطلاق لانها ولدت بعد انقضاء العدة بالكلية فلا تتصور الرجعة فان خلاها والمثلث بالاوراق سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها ثلاثا لا رجعة لان تاكد الملك بالوطء قد اقر بعدمه
فيصدق في حق نفسه في الرجعة حتى لو كذبه بانه جامعها لا تحل له الا بعد زوج يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الاول فان راجعها معناه بعد ما طلقها
وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين يثبت النسب منه اذ لم يقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة
فانزل واطيا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني زوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء فيحرم الوطء

وذلك الموضع عن الاصابة قلنا لا تنقطع الرجعة بخلاف العضو الكامل فان احتمال خطاه بعد الاصابة يعود فيه جدا لان النقاء عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الاعضاء في
غاية البعد فلم يظهر اثره فلم تنقطع **قوله** وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو الواحد يعني اذا ترك كل بانفراده كترك عضو وعنه وهو قول محمد
كترك ما دون العضو قوله لان في فرضيتهما اي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل خلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة وعلى تقدير السنية تنقطع فقد لعنا
ملاحظة هذا الاحتمال احتياطا ولو بقي احد المنحوين لم تنقطع الرجعة قوله ومن طلق امرأته وهي حامل او ولدت منه قبل الطلاق ثم طلقها وقال لم اجامعها فله الرجعة
لان الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور ان يكون منه بان ياتي به لستة اشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش
واذا جعله الشارع منه فقد انزله واطيا وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لاقراره بوجود حق الرجعة له بتكذيب الشرع اياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة ما دامت
في العدة وهذا العدم تعلق حق احد بسبب اقراره ذلك خلاف الواقع بين في حق غيره الانسان ثم اشتراها ثم استحقت فاخذت منه قبل ان يقضي بها للمقر له ثم وصلت الى يده بسبب
من الاسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وان كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له بخلاف ما لو قال في عبد انسان انه حر الاصل او اعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه
وحكم بصحة اقراره وبحرية العبد مع ان الحكم بصحة الشرع فرع تكذيبه فالحاصل ان تكذيب الشرع اقراره بما يثبت حق الغير وان تكذيب الشرع اقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم
فينتفي ايضا واذا انتفى عدم الوطء الرجعة ثبت وجودها فاعتبر حقه في الرجعة بخلاف اقراره بما يثبت به حق الغير فان تكذيب الشرع يقتصر على نفسه فيبقى اللازم المرتفع
بالتكذيب كما لو لم يكذب فكذا كذبه في اقراره بالحرية وثبت الحكم بها وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق فان قلت كيف يتصور وجود الملزوم مع
تخلف اللازم وان كان لزوما شرعيا لان تخلفه يبطل اعتبار الشرع اياه لازما وقد فرض اعتباره لازما فالجواب ان الامتناع في اللزوم العقلي اما الشرعي فقد
يحكم الشرع باللزوم على تقدير فيقتصر الملازمة عليه هنا كذلك فانه حين اقر بالعين لفلان ثبت ان فلانا احق بها من غيره فاذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق في
اقراره انه لفلان ثبت انه ليس لفلان بالنسبة الى المستحق فقط وانه له بالنسبة الى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه **قوله** الا يرى انه يثبت بهذا الوطء الاحصان
اي الوطء الذي يثبت بتكذيب الشرع اياه والاحصان له مدخل في ايجاب العقوبة فلان تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة اولى **قوله** وتاويل مسئلة الولادة
ان تلد قبل الطلاق اي في مدة تصح بان تلد لستة اشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا **قوله** واغلق بابا المناسب اغلق بابا وكما فعل في ارخى لا بابا او لان كلا منهما
تفصيل للخلوة لا استقلال باثباتها الا بيان لها **قوله** لان تاكد الملك بالوطء في بعدية تبين بالطلاق لا الى عدة وشرط الرجعة العدة وقد اقر بعدمه فصار
مبطلا حق نفسه من الرجعة **قوله** ولم يصر مكذبا شرعا الخ جواب عما يقال انه هنا ايضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا
انزال الماء واطيا شرعا فمنع كونه بناء على ذلك شرعا او على ما يستلزمه بل بناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التي هي وسعها ولو توقف لزوم كمال
المهر على غير ذلك مما ليس في فعلها التصرف فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها منع ذلك لاحتمال كذبه او كذبها والعدة يحتاط في اثباتها لان انقضاءها
يستلزم حلها للازواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في ابطالها فتصير العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها فلم تقم الخلوة هنا مقام الوطء لما اوجب ذلك قول المص
الا يرى ان العدة فتدعي سببا في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة لو قال جامعتها كان له الرجعة وان كذبته المرأة في الوطء قوله بخلاف الفصل الاول تعلق
بقوله لم يصر مكذبا شرعا وعني به ثبوت النسب لظهور الحمل حال الطلاق او بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم اجامعها
حيث جعله واطيا حكما لان الرجعة تبتني على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لانه لا نسب بلا ماء فيثبت **قوله** معناه بعد ما خلا بها وقال لم اجامعها اي ثم
طلقها ثم راجعها لا تصح الرجعة لاعترافه بعدم الوطء فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق صحت اي ظهر صحتها **قوله** لان

ولما لا يدعى الحمل ان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثلاثا بولد ثم حتى يجيء بعد ستة اشهر فان كان اكثر من سنتين لم تنقضي العدة
لانه وقع الطلاق مسكوتا بالولد الاول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منفي العدة لانه اذا تقرر بانقضاء العدة يصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت
اثنين اي الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانه اذا جاءت بالولد الاول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يصير العلوق بعد الطلاق
حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين مقيدة بكلما ووجبت العدة بالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة باقراره

لانه حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والطلاق الرجعي تنقص عدة الحرة بقرئين لان الاصل ان الزوج اذا ملك الرجعة استحبه والقرئين حد لما يعلم ما فيكون مشروعا ويستحب
لزوجها ان يحبس عليها حتى يؤدي او يسمى النفقة عليها لعلها اذا لم تكن من قصده المراجعة لانه ربما يكون مجردة فيقع بصره على موضع يصير به راجعا ثم يطلقها فتطول عليها العدة وليس لها ان تسافر
بدخل يشهد على رجعته او قال راجعتك او ذلك القيام النكاح ولهذا لا يشترط فيه الشهود لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولان تراخي حل المحل حاجة الى المراجعة فاذا لم يراجعها
حتى انقضت المدة ظهر انه لا حاجة وتبين ان الباطل عمله من وقت وجوده وهذا لان الرجعة استبقاء الملك والملك لا يثبت بعد انقضاء العدة وينتقل ملك الزوج وقوله
حتى يشهد على رجعته معناه الاستحباب على ما نص عليه او اطلاق الرجعي لا يحرم الوطء وقال الشافعي يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود الطلاق وهو الطلاق وانها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير
رضاها لان حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك وعند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به

على اعتبار الثاني وهو انزاله واطيا بعد الطلاق رجع فالصواب في العبارة ان يقول لان على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على عبارته
في عدم الوطء اذ المودي على عبارته كذا على اعتبار انزاله واطيا بعد الطلاق بزوال الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء فيجابه فيحرم وتحصيل المقصود من هذا بتكلف
بعد توهم خطائها **قوله** والمسلم لا يفعل الحرام فان قيل والظاهر ايضا انه لا يكذب فالجواب لا بد من احد الاعتبارين وعلى الاول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنى
وهو اعظم من مثل هذه الكذبة **قوله** وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان كان اكثر من سنتين ان فيه للوصل فاذا كان قوله بعد ستة اشهر منادا اي فصاعدا
اقل من سنتين او اكثر وان كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة لان الثاني يضاف الى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لان امتداد الطهر الى غاية
له الا الايآس وبه يصير مراجعا بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى ان المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لاقل من سنتين يحرم لا يكون رجعة وفي اكثر من سنتين يكون
رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الاول دون الثاني فان هذا الاحتمال سقط هنا لانها اذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة بخلاف ما اذا كان
بينهما اقل من ستة اشهر فانهما من بطن واحد اذ لم يقم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدة بعد الطلاق الواقع بولادة الاول فلم تثبت الرجعة
لانها بالوطء الكائن بعد الطلاق **قوله** وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة وهو ان يكون بين كل ولدين ستة
اشهر فان كان اقل فهما توأمان فيقع طلقتان بالاول لا غير اذ بالثالث تنقضي العدة ولو كان الاولان في بطن والثالث في بطن يقع تطليقة واحدة
بالاول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالثة شيء ولو كان الاول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالاول والثاني وتنقضي العدة
بالثالث فلا يقع به شيء وان كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة
وبالولد الثاني صار مراجعا لما بينا ان العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعا وقوله وبالثاني صار مراجعا منادا ظهر به الرجعة سابقا ثم يقع بالثاني
طلقة بائنة لان اليمين بكلما المقتضية للتكرار دخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا ويقع الثالثة بولادته ولا يلزم الحكم بالوطء في
النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلازمه كينونة خاصة فجاز ان يكون لمحة وجاز ان لا ترى شيئا اصلا على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء **قوله**
تشوف التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شقت الشيء جلوته ودينار مشوف اي مجلو وهو ان تجلو وجهها وتصقله **قوله** اذ النكاح قائم بينهما وكذا
جميع الحكام من التوارث ولو قال كل امرأة لي طالق تدخل فيه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فانها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس
وهو قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا يريد الله ان يراجعها
ولم يستثنها بهذا النص لم يحل رجعتها لان الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام قيل ولا دلالة لها لان الكلام ضمن يصرح بعدم رجعتها واورد عليه ان التقبيل
بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وان نادى على نفسه بعدم الرجعة وجوابه الفرق بالحل والحرمة كما قلنا وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها الى ما دونه لان الحرمة
ليست منوطة بالسفر بل بالخروج وكما يكره السفر بها تكره الخلوة اذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعا وهو لا يريد الرجعة فيطلقها اخرى فيؤدي الى تطويل العدة عليها
وذلك حرام وقال السرخسي انما يكره الخلوة اذا لم يأمن عثيانها اذ يصير مراجعا لها بغير شهادة وهو مكروه ومقتضى هذا انه ان امن لا يكره وان كراهة الخلوة
حتى تنتهي بنية فلم يلتفت شمس الائمة الى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعا كانه لبعده جدا حيث كان انما هو النظر الى داخل الفرج وقيل ان يقع مع الخلوة
حتى ان الانسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر الا ان تعمده قصدا حال الجماع لكن الوجه الذي ذكره المصنف وهو قوله لان
تراخي حل المحل يعني الطلاق وعلته قطع النكاح لحاجته اي لحاجة الزوج الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت المدة اي العدة ظهر انه لا حاجة الى الرجعة فتبين

[illegible] **فصل** [illegible] الطلاق

[illegible] الاشتباه في الطلاق ثلاثا في الحرة او تنتين في الامة لم تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والتنتان في حق الامة كالثلاث في حق الحرة لان الرق منصف

ان المبطل على الابانة من وقت وجوده وان مسافرته بها كانت باجنبية كما يقتضي تقرير كراهة المسافرة على تقدير اذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك تقتضي حرمة الخلوة بها ان لم يكن قصده الرجعة ويقتضي انه لو راجعها فورت حاجة وان المبطل لم يعمل اصلا فتبين ان الخلوة والمسافرة كونا باجنبية والدليل على ان عمله من وقت وجوده احتساب الاقراء الماضية قبل انقضاء العدة من العدة فلو كان المبطل مقتصرا على انقضائها لم تحتسب واحتيج الى عدة مستانفة والاوجه تحريم السفر مطلقا الاطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور ان الخلوة باجنبية غير ضائر اذ حالة تحققها كانت زوجة يباح مباشرتها بما يباح من الزوجة **قوله** وذلك يعني استبداده به يوذن بكونه استدامة لا انشاء والدليل ينافيه اي ليل الاستبداد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه اي ينافي الانشاء لانه لو كان انشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج الى حضار المرأة واذنها والشهود والولي عند من يوجبه احتياطا ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعية من كل وجه ما قدمنا في اول الباب من النصوص فارجع اليه **قوله** والقاطع الخ جواب عن قول الشافعي رد الزوجية الثابتة لوجود القاطع قلنا نعم وجد ولكن آخر عمله اجماعا لان الاجماع على ان الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد ان عمله وهو القطع موقوفا ونقول تاخر عمله نظرا للزوج على ما تقدم من ان حق الرجعة ثبت نظرا له **فصل** قوله تحل المطلقة لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعي فذكر ما يتدارك به غيره **قوله** لان حل المحلية تركيب غير صحيح والصحيح ان يقال لان حل المحل باق ولان المحلية باقية فهذا لان المحلية هي كون الشيء محلا ولا معنى لنسبة الحل اليها اذ لا معنى للحل كونها محلا **قوله** لان زواله مرجع الضمير الحل وضمير فيعدم الزوال **قوله** ومنع الغير جواب عن مقدر والمتبادر من العبارة ان يقال ما فرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج التزوج لا لغيره فاجاب بلزوم اشتباه النسب في الاجنبي دون الزوج وهو سهل وقد يقرر بكذا المنع في العدة عام بالنص قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة وحاصل هذا استشكال الاطلاق للزوج في العدة وعموم النص يمنعه والاول طلب الفرق قلنا عمومه في ضمير تعزموا وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالاجماع فيلزم تخصيصه من العموم الاول وحكمة شرعية العدة في الاصل ان لا يشتبه النسب والاشتباه في الطلاق اي طلاق صاحب العدة عن ذلك لنذ لان الماء مادة فلذلك جاء الاجماع على الطلاقية والطلق وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص اعني الاجماع لان الصغيرة والآئسة لا اشتباه في حقهما مع عدم الطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من الطلاقية وعدم المانع لا يعلل به لكن المعنى انه لم يجمع مع المانع بل هو منتف فجاز الاجماع وبسطه ان العدة بعلة الماء الى دفع الاشتباه فوجود الحاجة الى الدفع مقتض لثبوت العدة المانع من التزوج ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة الى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها لا انه وجد المقتضي للعدم لان العلة لا تؤثر في العكس يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم اعني وجود العلة مع عدمها في الآئسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن ابانة اخرى ما ان يكون اظهار النظر المحل اذا ما تلت حيث منع عن ورود ذلك الاستماع عليه مرة ليغر على الراغب بخلاف ما لو اطلق مطلقا كما اظهر خطره مرة اخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوا ولم يطلع عليها الا هي فيها بقيد محض ولم يكن انزاجها من حكم العدة مع النص عليها في غيرها معلل بما قلنا فليست العدة مطلقا تعبدية **قوله** وان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او تنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره الخ لا فرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولا بها او غير مدخول بها لصريح اطلاق النص وقد وقع في بعض الكتب ان في غير المدخول بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والاجماع لا يحل لمسلم رآه ان ينقله فضلا عن ان تعتبر ولان في نقله اشاعة وعند ذلك ينفتح باب للشيطان في تخفيف الامر فيه ولا يخفى ان مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لفوته شرطه من عدم مخالفة الكتاب والاجماع نعوذ بالله من الزيغ والضلال وما صرح فيه لعدم الفرق مختارات النوازل والامر فيه من ضروريات الدين لا يبعد اكفار مخالفه **قوله** المراد اي المراد بقوله تعالى فان طلقها

الطلاقة الثالثة لانه ذكرها عقيب المطلقتين في القرآن حيث قال الطلاق مرتان ثم قال فان طلقها اي الثالثة هذا قول الجمهور وذهبت طائفة الى ان الثالثة
هي قوله او تسريح باحسان فان بازين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عرفت المطلقتين في القرآن فاين الثالثة فقال فقوله او تسريح باحسان كذا
في المسودة وكان المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة انه وقع بلفظ التسريح او بقوله تعالى فان طلقها اذ لا يمكن الخلاف في ان المراد بقوله فان طلقها الثالثة لانه
عقبها بقوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحق ان المراد بالتسريح الثالثة والتكرار فان الثاني ذكر شرطا لاعطاء حكم الثالثة والاول ذكر للبيان ابتداء
شرعية الثالثة وحاصله ان يقال شرعها المشار رتب على الثالثة حكما وبين ذلك الحكم له الطلاق مرتان بعدها امساك بمعروف او تسريح بثالثة باحسان فان
طلقها الثالثة اختيار الاحد الامرين الجائزين له فحكمه ان لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فيحصل ان كليهما مراد به الثالثة **قوله** لحل الحلية فيه مثل ما سبق **قوله** ثم الغاية
اي غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى فلا تحل له هو الزوج الثابت بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهي امة ثم ملكها او ثلاثا الحرة فارتدت ولحقت
ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطيها بملك اليمين حتى يزوجها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها **قوله** والزوجية مطلقا وكذا الزوج مطلقا انما يثبت بنكاح صحيح لان
المطلق ينصرف الى الكامل اولا لانه المتبادر عند اطلاقه خصوصا اذا كان مضافا الى المستقبل دون ما في النكاح الفاسد بخلافه مضافا الى الماضي لان المراد في الاول
التحقق والاعتداد وهو لا يحصل الا بالصحيح وفي الثاني صدق الاخبار وهو يحصل بالتزوج فاسدا فلذا حنث في يمينه لم يتزوج بالفاسد لانه حانثه لا يتزوج
قوله او شرط الدخول ثبت باشارة النص الخ لا يخفى ان على تقدير حمله على الوطي انما ثبت بعبارة النص لانه مقصود بالسوق **قوله** حمل الكلام على الافادة دون
الاعادة يعني ان الاعادة لازم على تقدير حمل لفظ ينكح على العقد لان اسم الزوج يتضمن اعادته لدلالته عليه التزاما بخلاف ما اذا حملناه على الوطي فان كان حقيقة
بالنسبة الى المراد اذ هو حال نسبته اليها يراد به التمكين من حقيقته لا حقيقته فان المجاز في الكلام اكثر من الاعادة هذا الوجه على العموم ووجه آخر على انه هو ان
في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فان حقيقته الوطي والزوج في الاجنبي مجاز باعتبار الاول وعلى الوطي مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج
في حقيقته **قوله** او يزاد على النص بالحديث المشهور هذا انما يتصور اذا اريد بلفظ ينكح في النص العقد لا على ارادة الوطي فيه **قوله** روي بروايات روى الجماعة من
حديث عائشة رضي الله عنها انه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل ان يواقعها اتحل لزوجها الاول
قال لا حتى يذوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الاول وروى الجماعة الا ابا داود عن عائشة رضي الله عنها جاءت امرأة رفاعة القرظي الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت
كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي لا غير وان معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال اتريدين ان
ترجعي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وفي لفظ في الصحيحين انها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات وفي لفظ للبخاري
كذبت والله يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لانفضها نفض الاديم ولكنها ناشز تريد ان ترجع الى رفاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فان كان
كذلك لم تحل له حتى يذوق من عسيلتك قالت وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
لهما هذا وانت تزعمين ما تزعمين فوالله لهما اشبه به من الغراب بالغراب وهو في الموطأ هكذا انا مالك عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن
بن الزبير ان رفاعة بن شموال طلق امرأته تميمة بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الرحمن بن الزبير فلم يستطع ان يمسها
فطلقها فاراد رفاعة ان ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا تحل لك حتى تذوق العسيلة ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضي
كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمة بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فتزوجها رفاعة رجل من بني قريظة ثم فارقها الحديث وفيه فقال والله

ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب رضي الله عنه وقوله غيره معتبر حتى لو تفرد به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال والمبالغة فيه والكمال
قيد زائد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو شرط لانتفاء ملك اليمين والقرابة والحجة عليه ما بينا وفسر في الجامع الصغير
وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأة وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الاول ومعنى هذا الكلام ان يتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لالتقاء
الختانين وهو سبب لنزول مائها والحلية تابعة للايجاب في حقها اما لا غسل على الصبي وان كان يؤمر به تخلقا قال وطي الامة لا يحلها لان الغاية
نكاح الزوج واذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له

بالتيمم لا ترجعي الى عبد الرحمن حتى يذوق عسيلتك بل غيره قال لم يروه عن ابي اسحق الا سلمة ابو الفضل **قوله** ولا خلاف لاحد فيه اي من اهل السنة والمراد الخلاف
العالي سوى سعيد بن المسيب فلا يقدح فيه كون بشر المريسي وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لعل الحديث لم يبلغه
قوله ينفذ لحجة الحديث المشهور قال الصدر الشهيد من افتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين انتهى وهذا لان شرعيته ذلك لاغاظة الزوج
حتى لا يسرع في كثرة الطلاق حمول بالبعض حين عمل البعض ما يباح **قوله** والشرط الايلاج بقيد كونه عن قوة نفسه وان كان ملفوفا بخرقة اذا كان يجد لذة حرارة
المحل فلو اولج الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها الا ان انتشر وعلى الصغير الذي لا يجامع مثله اولى لانه لا يجد لذة اصلا بخلاف
من في آلته قوة وادخلها فيها حتى التقى الختانان فانها تحل به وخرج المجبوب الذي لم يبق له شيء يولج في محل الحل اي محل الختان فلا يحل بصحته حتى تحبل وفي المبسوط
في رواية ابي حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لانه اذا جف ماؤه صار كالصبي او دونه ودخل الخصي الذي مثله يجامع فيحلها وفي التجريد
لو كان مجبوبا لم يحل فان حبلت وولدت حلت للاول عند ابي يوسف رح خلافا لمحمد رح وفي الخلاصة لو كان مشلولا وجامعها حلت عند ابي يوسف رح خلافا لزفر رح
والمس يشترط كونه في المحل بيقين حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل لم تحبل ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها طلقها زوجها ثلثا فوطيها هذا الزوج فافضاها لا تحلها
وان كانت يوطأ مثلها حلت وان افضاها **قوله** دون الانزال خلافا للحسن البصري لا يحل عنده حتى ينزل الثاني حملا للعسيلة عليه ومنعها بانها تصدق معه
ومع الايلاج وانما هو كمال وفي مسند احمد رح انه صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع انتهى فحيث صدق مسمى الجماع يثبت فيه الا ان في سنده ابن عبد الملك المكي
مجهول **قوله** وهو الشرط بالنص فيه نظر اذ لو كان هو الشرط ليس غيره لحلت بدخول الصغير الذي لا يجامع مثله لكنها لا تحل لانه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة
من الجانبين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ ايضا وسواء كان حرا او عبدا تزوج باذن المولى عاقلا او مجنونا اذا كان يجامع مثله مسلما او ذميا في الذمية
حتى يحلها لزوجها المسلم ولو تزوجت عبدا بغير اذن سيده فدخل بها ثم اجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للاول حتى يطأها بعد الاجازة
وتحل بوطي الزوج في الحيض والنفاس والاحرام وان كان حرا ان رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقته فجامعها ثم ملكها اياه فقبلت انفسخ
النكاح وحلت للزوج **قوله** وفسر اي فسر الصبي المراهق في الجامع فقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع وفي المنافع المراهق الداني من البلوغ وقيل الذي تحرك
آلته ويشتهي الجماع وفي فوائد شمس الائمة انه مقدر بعشر سنين والانفس ما اسلفناه وفي باب الاولياء والاكفاء من اشتراط الزوج كفوا على رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
اذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول ابي يوسف رح وهو المختار للفتوى في زماننا على هذه الرواية لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للاول بدخوله **قوله** ووطي
المولى لا يحلها لزوجها لما قدمناه من ان غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجا **قوله** وشرط التحليل بان يقول تزوجتك على ان احللك له وقيل هي
مكروه كراهة التحريم المشتهرة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له اما لو نويا ولم يقولا فلا عبرة به ويكون الرجل ماجورا لقصده الاصلاح
والحديث المذكور روي من حديث ابن مسعود وعلي وجابر وعقبة بن عامر وابي هريرة وابن عباس رضي الله عنهم اجمعين والتخريج عن بعضهم يكفينا فعن ابن مسعود
رواه الترمذي والنسائي من غير وجه قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له وصححه الترمذي وحديث عقبة هكذا قال صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بالتيس
المستعار قالوا بلى يا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له رواه ابن ماجه قال عبد الحق اسناده حسن وقال الترمذي في علله الكبرى
الليث ابن سعد ما اراه سمع من شرحبيل بن ماما ولا روى عنه ودفع بان قوله في الاسناد قال لي ابو مصعب شرحبيل يرد ذلك ورواه الدارقطني مسندا عن
ابي صالح كاتب الليث عن الليث به ولذلك حسنه عبد الحق فانه رواه من جهة الدارقطني والا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لان شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره

وهذا هو محمل ما ان طلقها بعد وطئها حملت للاول لوجود الدخول في النكاح وصحيح اذا النكاح لا يبطل بشرط وعن ابي يوسف رح انه يفسد النكاح
لانه في معنى الموقت فيه ولا يحملها على الاول لفساده وعن محمد رح انه يصح النكاح لما بينا ولا يحملها على الاول لانه استعجل ما اخره
الفرع يجاز في ضمن مفسوده كما في قبل المورث وان طلق امرأته تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج
الاول عادت بثلث تطليقات ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلث كما يهدم الثلث وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يهدم ما دون الثلث

ابن يونس في تاريخ المصريين واثنى عليه بعلم وضبط وابو عثمان بن صالح المصري ثقة اخرج له البخاري ومشرح وثقه ابن القطان ونقل عن ابن معين انه
وثقه والعلة التي ذكرها ابن ابي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره قال الزيلعي في التخريج المصنف استدل بهذا الحديث على كراهية النكاح المشروط به التحليل فظاهر
التحريم كما هو مذهب احمد لكن يقال لما سماه محللا دل على صحة النكاح لان المحلل هو المثبت للحل فلو كان فاسدا لما سماه محللا انتهى وظاهره انه اعترض ثم جوابه الاعتراض
فتشاوه وعدم معرفة اصطلاح اصحابنا وذلك انهم لا يطلقون اسم الحرام الا على منع ثبت بقطعي فاذا ثبت بظني سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب واما الجواب
فحلاصته فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك اذ قد يحكم بالصحة مع لزوم الاثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطيه كلامه من تسميته المنع الثابت
بظني حراما **قوله** بهذا اي المحلل الشارط هو محمل الحديث لان عمومه هو المحل مطلقا غير مراد اجماعا والاشبه المتزوج تزويج رغبة **قوله** لانه في معنى الموقت والموقت
في معنى المتعة وهو المتعة على ما حققناه ليفسد فلا يحلها وتسميته محللا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا او طالبا للحل ولانه ملعون وعقد النكاح نعمة
ولو كان صحيحا لم يلعن عليه ويؤيده ما في مستدرك الحاكم جاء رجل الى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها اخ له ليحلها لاخيه هل تحل للاول قال لا الا نكاح رغبة كنا
نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه قلنا كونه في معنى الموقت ممنوع اذ تعيين نهاية الوطء لا يستلزم تعيين وقته لان الوطء قد يكون في ليلة الخلوة او بعد
جمعة او شهر فلا توقيت صريح ولا معنى وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه واللعنة على مباشرته من الوجه الممنوع وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث
وقوله كنا نعده سفاحا لا يستلزم انهم كانوا لا يحكمون بحلها للاول لصدقه مع ثبوت الحرمة **قوله** لانه استعجل حاصله ان المفسد هو التوقيت منتف لانه ليس بتوقيت
والغرض هو حلها له تخلف لانه استعجله بطريق محظور كقاتل المورث الا ان هذا القياس معارض للنص وهو قوله تعالى فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فالحل كان ثابتا
ثم اعترض عدمه منها بنكاح زوج فعند وجود الغاية ينتهي المنع المنافي فيثبت ما كان ثابتا البتة فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للاول البتة ومن الحيل اذا خاف
ان لا يطلقها المحلل ان تقول زوجتك نفسي على ان امري بيدي طلق نفسي كلما اريد فاذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الامر في يدها وهذا بناء على ما عليه العامة ان
شرط التحليل يبطل ويصح النكاح وذهب بعضهم الى انه يصح الشرط ايضا حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه ونقل عن ابي حنيفة رح في روضة الزندويستي ذلك وهذا لم يعرف
في ظاهر الرواية ولا ينبغي ان يعول عليه ولا يحكم به لانه بعد كونه ضعيف الثبوت ينبو عنه قواعد المذهب لانه لا شك انه شرط في النكاح لا يقتضيه العقد والعقود في مثله على قسمين
منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الاصل ولا شك ان النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو فيجب بطلان هذا وان
لا يجبر على الطلاق نعم يكره بالشرط كما تقدم من محمل الحديث ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة وارده السروجي من ان الثابت عادة كالثابت نصا في غير محل
كلامهم لانه يلزم من قصد الزوج ذلك ان يكون مما هو معروف بين الناس متداول ان ذلك فيمن نصب نفسه لذلك وصار مشتهرا به وهنا قول آخر وهو انه ماجور وان
شرط لقصده الاصلاح وتاويل اللعن عنده هو لانه اذا شرط الاجر على ذلك هذا ولولا ذكرنا من قول ابن عمر كنا نعده سفاحا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل
عن واقعة حال مفردة لشخص لامكن ان يقال ان مقتضى اللفظ ان تعلق اللعن به اذا كثر منه ذلك بان نصب نفسه لهذا الامر شرطا والا لان المحلل من فعل بتشديد العين
وهو للتكثير فيخص فعل الفاعل والمفعول فلو اراد تعليق اللعن به بمرة اذا شرط انتقال المحل من اهلها بهمزة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من تخبيط اللحم وان
لم يكن فيه تكثير **قوله** يهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين يعني اذا كان دخل بها ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق وتقييده في صورة المسألة بالحرة لو صغمانا يهدم الطلقة
والطلقتين ولا يتحقق في الامة الا يهدم طلقة واحدة لا لانه لا هدم في الامة اصلا **قوله** وقال محمد رح لا يهدم والمسألة مختلفة بين الصحابة فروى محمد عن ابي حنيفة عن حماد
بن ابي سليمان عن سعيد بن جبير قال كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود اذ جاءه اعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة او تطليقتين ثم انقضت

لانه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا لا انهاء للحرمة قبل الثبوت فلهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل واذا طلقها ثلثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت وفعلت وفعلت وفعلت وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة

عدتها فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم مات عنها او طلقها ثم انقضت عدتها واراد الاول ان يتزوجها على كم هي عنده فالتفت الى ابن عباس رض وقال ما تقول في هذا فقال سبعة الزوج الثاني للواحدة والثنتين والثلث واسئل ابن عمر رض قال فلقيت ابن عمر رض فقال مثل ما قال ابن عباس رض وروى البيهقي من طريق الشافعي وبسنده عن عمر رض نحوه قال هي عندي على الفتى ونحوه عن علي رض ونقل عن ابي كعب وعمران بن الحصين فاخذ المشائخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والترجيح بالوجه **قوله** لانه غاية للحرمة اي لان الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى فلا تحل اي مطلقا الا بنكاح ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره فيكون اي الزوج منهيا للحرمة والا انه للحرمة قبل الثبوت اي ثبوتها فاللام بدل الاضافة ولا ثبوت لها الا بعد الثلث فلا يكون منهيا قبلها فصار كما لو تزوجها قبل التزوج او قبل اصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من الطلاقات قلنا قد علمنا بالنص وجعلنا منهيا للحرمة في صورة الغليظة لكن ثبت انه وصف آخر بنص آخر وهو اثبات الحل مطلقا قلنا وذكرتم انتم العلة وهو الحديث المذكور آنفا وجه الاستدلال انه سماه محللا وحقيقته مثبت الحل كالمحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسواد ونحو ذلك فان قلت تقدم آنفا ان محل الحديث اشتراط الحل للعلم قطعا انه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة والا لتعلقت بالمتزوج بتزويج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا اشتراط الحل فلا يكون فيه دليل على انه مثبت للحل الجديد شرعا لانه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل اشتراط قيل لا شك ان الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل فالمتبع حينئذ مثبت الحل اذا شرط الحل فلا يكون اشتراط الحل مرادا بلفظه من التركيب المذكور بل كلمة مضمر فصحيح دليل على ان الزوج مثبت الحل وتعليق اللعنة به اذا شرط وبه يندفع ما قدمنا ويظهر ان المراد من قول المص فيما تقدم وهو محمل الحديث ان محل اللعنة المحلل اذا شرط لا ان المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو اشتراط الحل لما بينا من انه لا بد من كونه مثبتا له نعم يرد عليه ما قيل انه لما جعل محللا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها وأجيب بانه يثبتها في غيرها بدلالة انه لما كان محللا في الغليظة ففي الخفيفة اولى وايضا بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة بجامع كونه زوجا لان صورة الحرمة الغليظة محل والمحل لا يدخل في التعليل لانه لو دخل لانسد باب القياس لان محل الاصل غير محل الفرع واورد عليه ان ذلك حيث يمكن وهنا لا يمكن لان الحل ثابت فيه وتحصيل الحاصل محال وأجيب انه لا يقبل المحل اصل الحل يقبل ثبوت وصف الكمال فيه بان يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلقتين وما صلح سببا لاصل الشيء صلح سببا لوصفه بالطريق الاولى وفيه نظر اذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ومفهومه لا يزيد على انه يثبت بمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه فيكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس من اتفاق الحال وهو انه محل ابتدئ فيه الحال لاستيفاء الزوج وله من الطلقات قبله وحيث ابتدئ ثبوت الحل كان ثلثا شرعا فظهر ان القول ما قاله محمد وباقي الائمة الثلاثة ولقد صدق قول صاحب الاسرار ومسألة يخالف فيها اكابر الصحابة رض يعود فقهها ويصعب الخروج منها وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم اتريدين ان تعودي الى رفاعة قالت نعم قال لا حتى تذوقي من عسيلته ففيها عدم العود بالذوق فعند عدمه ينتهي عدمه ويثبت هو والعود وهو الرجوع الى الحالة الاولى وهي ما يملك فيها الزوج ثلث الطلقات وليس الشيء الصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة والطلقتين بلا تحل زوج اتريدين ان تعودي الى فلان صدق حقيقة وان كان العود لا الى ما يملك ثلثا فالحاصل ان العود الى عين الحالة الاولى محال فالمراد العود الى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه **قوله** فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي في النهاية انما ذكر اخبارها بانها بسيطا لانها لو قالت حللت لك فتزوجها ثم قالت لم يكن الثاني دخل بي ان كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق والا تصدق وفيما ذكرته بسيطا لا تصدق في كل حال وعن السرخسي لا يحل له ان يتزوجها حتى يستفسرها لاختلاف بين الناس في علمها بمجرد العقد وفي التفاريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت تزوجت او دخل بي صدقت فلا يعلم ذلك الا من جهتها والتسلي بان اقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت مناقضة فينبغي ان لا يقبل منها كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية او مرتدة او معتدة او منكوحة الغير ومحرمة ذلك

فيها

الانه مسامحة لو امر ديني تعلق الحل به وقول الولد فيها مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة مختلفة واختلفوا في ادنى هذه المدة وسيجيء في باب العدة

التصديق شهود ذكر في الجامع الكبير وغيره بخلاف قولها لم تنقض عدتي ولو قال الزوج لها ذلك وكذبته تقع الفرقة كانه طلقها ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى لو كملا له انتهى من قاضيه ثم رايت في الخلاصة ما يوافق الاشكال المذكور قال في الفتاوى في باب الباء لو قالت بعد ما تزوجها الاول ما تزوجت آخر فقال الزوج تزوجت آخر ودخل بك لا تصدق المراة انتهى ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لاني جامعتها ان صدقت المراة لا تحل للزوج الاول وان كذبته تحل كذا اجاب القاضي الامام ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها وكذا على العكس وفي النهاية ولم يميز بل لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها ان تزوجتها هل تحل للاول قلت ينبغي الامر على غالب ظنها ان كان صادقا عندها فلا تحل له وان كان كاذبا تحل وعن الفضلي لو قالت تزوجني فاني تزوجت غيرك وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت الا ان يكون اقرت بدخول الثاني كانه والله اعلم يحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على انكارها اعترفت به ولذا قال الا ان تكون المراة اقرت بدخول الثاني فانه لم تقبل قولها فانها حينئذ تكون مناقضة مترتبة وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلث وظن انه لم يحنث فافتيت المراة بوقوع الثلث وخافت ان اعلمته بذلك ان يتزوجها ليس لها ان تستحل بعد ما يفارقها بسفر وتامره اذا حضر بتجديد العقد قال نعم ديانة **قوله** لانها معاملة انث الضمير وان كان مرجعه وهو النكاح مذكرا لتانيث خبره وفي غير نسخة لانه على الاصل وقول الواحد فيها مقبول كالوكالات والمضاربات والاذن في التجارات وكذا يقبل قول الامار والعبيد في الهدية **قوله** هو غير مستنكر اذا كانت المدة محتملة افاد ان تصديقها اذا وقع في قاعة صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك **قوله** وسيجيء ما في باب العدة قال في النهاية وقعت هذه الحوالة غير راسخة لانه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها واجاب بعضهم بانه لم يقبل في العدة من هذا الكتاب فيمكن ان يكون اراد في عدة غير هذا الكتاب ومثل هذا مما يقضي العجب من تسطيره في الاوراق ممن هو من اهل العلم ولا توفيق الا بالله واذا لم يقع بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح وذكر بنده من الخلاف اختلف في اقل ما تصدق فيه اذا ادعت ان كان انقضاء العدة بالاقراء فقال ابو حنيفة لا تصدق في اقل من ستين يوما اذا كانت حرة وقالا اقلها تسعة وثلثون يوما وقال شريح لو ادعت ثلث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة اهلها انها ما رات الحيض واغتسلت عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها قال له علي رضي الله عنه قالون وسناه بالرومية حسنت وهذا مذهب الشافعي رحمه الله اثنتان وثلثون وحيضتان ان وقع الطلاق في الطهر سبعة واربعون لو وقع في الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها قال له علي رضي الله عنه قالون وسناه بالرومية حسنت وهذا مذهب الشافعي رحمه الله اثنتان وثلثون وحيضتان ان وقع الطلاق في الطهر سبعة واربعون لو وقع في الحيض واقل من ثلاثة اشهر وقال ابو يوسف سبعة واربعون وقال مالك في الجديد اربعون وقال اسحاق بن راهويه وابو عبيد ان كان لها اقراء معلومة يعرفها بطانة اهلها تصدق على ما يشهدون به والا لا تصدق في اقل من ثلاثة اشهر وقال الحنابلة تسعة وعشرون ان قلنا اقل الطهر ثلاثة عشر وان قلنا خمسة عشر زدنا اربعة ايام فيصير ثلاثة وثلاثين وما احسن قول اسحاق وابي عبيد وهذا لان العادة ان الشهر الواحد لا يشتمل على اكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة اذا اخبرت بما دونه والمكذب عادة كالمكذب حقيقة الا ترى ان الوصي اذا قال انقضت عليه بائنة فمن يوم لا يصدق وان احتمل صدقه بان تكرر هلاك المشتري في اليوم الا ترى ان الله سبحانه وتعالى لما اقام الزمان مقام الاقراء في الآيسة والصغيرة قدر العدة بثلاثة اشهر فقال واللائي يئسن من المحيض الى قوله تعالى فعدتهن ثلاثة اشهر بخلاف ما اذا شهد بما دون العدة فانه يثبت ان هذا من النادر وهذا هو المذكور في وجه ابي حنيفة رح رايت ان قول اسحق ومن معه اولى به فان لم يؤخذ بهذا ينبغي ان لا يعدل عن قول ابي حنيفة رح وتخريجه على قول محمد رح ان يحمل مطلقا في اول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الحيض فيحتاج الى ثلاثة اطهار بخمسة واربعين كل طهر بخمسة عشر وثلث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة اخذا بالوسط فيه وعلى قول الحسن بن زياد ان يحمل مطلقا في آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج الى ثلاثة حيض بثلاثين يوما اعتبارا للاكثر وطهرين بثلاثين ثم يحتاج الى مثلهما في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلثون طهر الخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين وعلى تخريج محمد رح اربعون الطهر الذي وقع الطلاق في اوله والمتخلل ثلثون وحيضتان بعشرة وتخريج قولهما ان يحمل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلث حيضتين بتسعة اعتبارا للاقل

باب الايلاء

واذا قال الرجل لامرأته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مول لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر الآية فان وطئها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه

ثم يحتاج الى شهلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما وعلى هذا لو كانت امة فاقل ما تصدق فيه احد وعشرون يوما حيضتان لستة وطهر خمسة عشر يوما ومثله للثاني وزيادة طهر يعني اذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلثا تريد ان تتزوجها لا يجوز حتى تحتسب مع المدتين طهر آخر في كل تخريج جعل الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر لان الزوج الثاني اذا جعل مطلقا في آخره والغرض ان عدة الاولى انقضت باول الطهر لزم ما قلنا ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في اقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في اقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر خمسة عشر ثم ثلث حيض وطهران يستتين وهذا لان المرأة في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده وكون ما بعده حيضا موقوف على ما تقدم طهر تام وهو ما قلنا هذا في حق الزوج الاول ثم يحتاج في الثاني الى ستين على ما سمعت على التخريجين وعند ابي يوسف لا تصدق في حق الاول في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما عنده لان مدة اكثر من مدة الحيض فيقدر باكثر من اكثره بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة اطهار وتحتاج في حق الثاني الى ثلث وثلثة ايضا وعند محمد تصدق في اربعة وخمسين يوما وساعة لانه لا غاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلث حيض وطهران وتحتاج في حق الزوج الثاني الى اربعة وخمسين يوما ثلث حيض وثلاثة اطهار هذا في حق الحرة واما في حق الامة فتخريجه على المذهب غير خاف والله الموفق

باب الايلاء تحريم الزوجة باربعة اشهر قرن الطلاق والايلاء واللعان والظهار مبدأ بالطلاق لانه الاصل والمباح في وقته ثم اولاه الايلاء لانه اقرب اليه في الاباحة لانه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء والتحقيق ان تحريمها ليس الا بالطلاق في الحال او الى انقضاء العدة غير ان ثبوته باسباب الاصل والاشهر منها الابتداء تنجيزا او تعليقا فقدم ثم اولى الايلاء لانه لا يلزمه المعصية اذ قد يكون برضاها لخوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجهما ونحوه فيتفقان عليه لقطع نكاح النفس بخلاف الظهار واللعان فانهما لا ينفكان عن المعصية ولهذا قدم عليهما الخلع لانه ايضا لا يستلزمها لجواز ان تسأله للنشوز بل لقصد التخلي للعبادة او لعجزه عن اداء حقوق الزوج والقيام بامره وانما قدم الايلاء عليه مع اشتراطها في استلزام المعصية والانفكاك منها لاختصاصه بمزيد تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المفرد والايلاء لغة اليمين والجمع الآلايا قال قليل الالايا حافظ ليمينه وان بدت منه الاليه برت وفعله الايلاء كتصريف اعطى وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة اربعة اشهر فصاعدا ما بعده او بتعليق ما يستشق على القربان وهو اولى من قول من قال الكفر الحلف على ترك قربانها اربعة اشهر لان مجرد الحلف يتحقق في نحو ان وطئتك فلله علي ان اصلي ركعتين او اغزو ولا يكون بذلك موليا لانه ليس بما يشق في نفسه وان تعلق اشتقاقه بعارض وميم في الفقر من الجبن والكسل بخلاف ان وطئتك فعلي حج او صيام او صدقة فالمولي حج من لا يخلو عن احد المكروهين من الطلاق او لزوم ما يشق عليه وهو اولى من قول من لا يخلو عن احد المكروهين من الطلاق او الكفارة لقصوره عن نحو ان قربتك فعبدي حر او فلانة طالق وان اركبه فهو الحلف المذكور وشرطه صحة المرأة واهلية الحالف وعدم النقص عن اربعة اشهر والاول بالزوجية والثاني باهلية الطلاق عنده وبهما باهلية الكفارة فيصح ايلاء الذمي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا اقربك فان قربها لا يلزمه كفارة وان مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما الا الولي بما هو قربة كان قربتك فعلي حج او صلاة او صوم فلا يصح اتفاقا ولو آلى بما لا يلزم قربة كان قربتك فعبدي حر ونحوه صح اتفاقا وحكمه لزوم الكفارة والجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ووقوع طلقة بائنة بوقوع البر والفاظه صريح وكناية فالصريح نحو والله لا اقربك لا اجامعك لا اباضعك لا اغتسل منك من جنابة فلو ادعى انه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء والكناية نحو لا امسك لا آتيك لا اغشاك لا المسك لا اغيظنك لا اسوءك لا ادخل عليك لا اجمع راسي وراسك لا اضاجعك لا اقرب فراشك فلا يكون ايلاء بلا نية ويدين في القضاء وقيل الصريح لفظان لا اجامعك لا آتينك هذه كنايات تجري مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة او مجازا لا بالحقيقة والا لوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكر وفي البدائع الاقتضاض في البكر يجري مجرى الصريح والدبر كناية وكذا لا ابيت معك في فراش ويخالفه ما في المنتقى لا انام معك ايلاء

ولزمته الكفارة لان الكفارة موجب الحنث وسقط الايلاء لان اليمين تنفعل بالحنث وان لم يفرق بينهما
حتى مضت اربعة اشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي

بلا نية وكذا لا يمس فرجي فرجك في الذخيرة وفي جمع الفقه بالمخالفة قال في لا يمس جلدي جلدك لا يصير موليا لانه يمكن ان يلف ذكره بشيء وفي المرغيناني يحنث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول قيل فيه بعد وهو حق لان الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة الى النية وهو فرع ان يراد به ذلك ولا يحنث الا بالجماع فيكون موليا وفي التحفة لو قال انا منك مول فان عنى الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا ايجاب في الشرع فان عنى به الايجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه اوجب الايلاء بهذا اللفظ ولو قال انت علي مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لان تشبيهها بها في اليمين وان لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا ولقائل ان يقول الايلاء الحلف الى آخره وقوله انت علي مثل امرأة فلان او انا مول ليس فيه صيغة حلف الشارع ولا تعليقه لان معنى الحلف قوله والله لا اقربك ونحوه او ان قربتك وليس قوله انت مشابها اياه ولا متحققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولا حقا الا ان هذا جواب الرواية صرح به الحاكم ابو الفضل في مختصره وفيه لو آلى من امرأته ثم قال لاخرى اشركتك في ايلائه هذه كان باطلا ولو قال ان قربتك فعلي يمين او كفارة يمين فهو مول والجواب ان قوله انا منك مول معناه انا منك حالف ومعلوم انعقاد اليمين بقوله انا حالف فقط كما ينعقد بقوله احلف بالله فينعقد بقوله انا حالف وكذا التشبيه المذكور يؤول اليه ولو قال لا اطيقك في الدبر او فيما دون الفرج لم يصر موليا خلافا لمالك رح ولو قال لا جامعتك الا جماع سوء سئل عن نيته فان قال اردت الوطي في الدبر صار موليا وان قال اردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين فليس بمول وكذا ان لم تكن له نية وان قال اردت دون ذلك فهو سواء **قوله** ولزمته الكفارة وليس حكم المولي مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المعنى المذكور في قوله اذا قال الرجل والله الى آخره لما عرف ان المولي لا يكون حكم الكفارة بذلك التقدير وقال الشافعي رح في القديم لا كفارة في خصوص هذا الحنث لانه تعالى وعد المغفرة بتقدير الفيء والمراد الجماع لانه في الاصل الرجوع وبالجماع تحقق الرجوع عن ذلك الترك قال الله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم وقوله في الآية لقولنا لان وعد المغفرة بسبب الفيئة التي هي مثل التوبة لا ينافي الزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفكاك التلازم بين هذين الحكمين الدنيوي والاخروي اعني المغفرة وسقوط الكفارة وثبوت احدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية اذا حنث الحالف فيها توبة فان توبته تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيما عدا الاطلاق قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية وقال صلى الله عليه وسلم في الصحيح من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت بالذي هو خير وهو قول الاربعة والجمهور وقال الحسن لا كفارة عليه قال قتادة خالف الحسن الناس **قوله** وسقط الايلاء باجماع العلماء على معنى انه لو مضت اربعة اشهر لا يقع طلاق آخر لان اليمين تنحل بالحنث **قوله** وقال الشافعي رح تبين بتفريق القاضي لم يقل الشافعي رح تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج بنفسه او الحاكم وبه قال مالك واحمد رح ورجح بان الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة الا الثلاثة بالنص والجواب منع كلية الكبرى وتقدم وجه دفعه في الكنايات غير انه يستدعي سببا والسبب هنا انه وقع للتخليص من الظلم والرجعي لا يفيد ذلك لانه يسبيل من ان يرد ما الى عصمته ويعيد الايلاء فيتعين البائن لتملك نفسها وتنزل سلطنته عليها جزاء الظلم مع وجود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهاضها باثباته ثم الخلاف في موضعين احدهما ان الفيء عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعندهما توقف الى ان يفيء ويطلق لقوله تعالى فان فاؤا والفاء للتعقيب فاقتضى جواب الفيء بعد المدة وعندنا الفيء في المدة لا غير والجواب ان الفاء للتعقيب المعنوي في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو وتدخل الجمل التفصيل جعل قبلها وغيره فان كانت للاول نحو قوله تعالى فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة ونادى نوح ربه فقال رب ان ابني من اهلي ونحو توضأ

لانه مانع حقها في الجماع فيندب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا انه ظلمها بمنع حقها لجناية الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضوان الله عليهم اجمعين

فغسل وجهه ويديه ورجليه مسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب بل التعقيب الذكري بان ذكر التفصيل بعد الاجمال وان كانت لغيره فكالاول كجاء زيد فقام عمرو وكل من التعقيبين جائز الارادة في الآية المعنوي بالنسبة الى الايلاء فان فاؤا اي بعد الايلاء والذكري فانه لما ذكر تعالى ان لهم من نسائهم ان يتربصوا اربعة اشهر من غير بينونة مع عدم الوطي كان موضع تفصيل الحال في الامرين فقوله تعالى فان فاؤا الى قوله سميع عليم واقع لهذا الغرض فيصح كون الراء فان فاؤا اي رجعوا عما استمروا عليه بالوطي في المدة تعقيبا على الايلاء التعقيب الذكري او بعدها تعقيبا على التربص فان الله غفور رحيم لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب الغيبة التي هي توبة او غفور للحنث في اليمين ان كان برضاها لغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه فنظرنا فاذا قراءة ابن مسعود فان فاؤا فيهن ترجح احد الجائزين وهو كون الفيء في المدة اما باعتبار ان الاصل يوافق القراءتين متواترتين كالآيتين واحدة لها شاذة فتنزل القصير منزلة الطويل او بالعكس واما باعتبار انها تستقل لاثبات كونه في المدة اذ لا تعارض القراءة المشهورة لانها اعم من كونه فيها او بعدها بناء على انها حجة عندنا وان ابى الخصم ورد المختلف الى المختلف ثم اذا ثبت الاصل ولا شك ان القراءة الشاذة انما يقرأها الراوي خبرا عن صاحب الوحي قرآنا فانتفاء القرآنية لعدم الشهرة وهو التواتر انتفاء الاخص فان القرآنية اخص من الخبرية وانتفاء الاخص لا يستلزم انتفاء الاعم فدار الامر بين كونها قرآنا او خبرا عن صاحب الوحي وذلك دور ان بين الحجية على وجه بينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها فان قيل حاصل المفاد بها جواز الفيء في المدة ونحن لا ننكر ذلك وانما الكلام في ان لزوم ان يفيء بعدها وتحنث يمينه اذا لم يفيء فيها او لا بمجرد مضيها وقع الطلاق فلا يكون من اسقط اثبتناه والقراءة المذكورة لا تنفيه قلنا ليس كذلك فانه تعالى جعل حكم الايلاء على هذه القراءة ان يفيء في المدة او يثبت الطلاق بتطليقه او تطليق القاضي على الخلاف هذا هو المفاد بقوله تعالى فان فاؤا فيهن فكذا وان عزموا الطلاق فكذا على عرف من التأويل لان التردد يأخذ في كل قسم منه نقيض الآخر اي وان عزموا الطلاق فلم يفيؤا فيها وهو لازم فانهم لو فاؤا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة ان لا في الى المدة الثاني ان تمضي المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون التفريق الا بطلاقه او بطلاق القاضي لقوله تعالى وان عزموا الطلاق فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه ولان فيه يشير الى انه مسموع وهو قوله تعالى فان الله سميع عليم ولا وجه الذي ذكره المصنف وحاصله الحاق المولي بالعنين في حكم هو الزامه بالطلاق فان لم يفعل طلق عليه بجامع انه امتنع عن الامساك بمعروف فيؤمر بالتسريح باحسان والا كان موقعا من غير ايقاع والجواب قوله لا يتصور العزم عليه ولو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع بل اذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم بمضي وان عزموا الطلاق وان استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة فان الله سميع بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقاولة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان عليهما استمروا عليه من الظلم وفيه معنى الوعيد على ذلك واندرج في هذا جواب الثاني وعن الاخير بان العنين ليس بظالم فاشبه التخفيف عليه ولذا كان اجله اكثر والمولي ظالم بمنع حقها فيجازى بوقوعه بنفس الانقضاء ولا نسلم انه بلا ايقاع بل الزوج بالايلاء موقع فقد كان في الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا او نقول جاز ان يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق وهذا لان حقيقة الطلاق انما هي القيد الثابت شرعا بالنكاح ولفظ انت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ الا يرى انه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بد ان يحكم به عند ظلمه بمنعها حقها هذه المدة لا يقال كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيره فهو ليس بظالم لانا نقول ذلك في الحكم فاما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه ان يجامعها احيانا ليعفها فان ابى كان عاصيا والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك لكن بقي ان يقال هذا كله تجويز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه ولكن الكلام فيما هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا فان الآية وان صح

وكفى بهم قدوة ولانه كان طلاقا في الجاهلية فحكمه الشرع بتأجيله الى انقضاء المدة
فان كان حلف على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين لانها كانت موقتة به

فيما كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا والجواب ان قراءة ابن مسعود رضي الله عنه لما افادت ان لا فيء بعد المدة لزم انتفاء قولكم من الحكم باحد الامرين من الفيء او الطلاق فثبت ان المراد بها ما قلنا والا لزم احداث قول ثالث وهو الزامه بعد المدة بامر واحد وهو الطلاق وهذا التقرير هو محل استدلال المصنف حيث قال ولنا انه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة والا فظاهره انه مصادرة لانه استدلال بعين محل النزاع كما نه قال فجازاه بذلك بالنص وتقريره ان القراءة مفسرة بكون الفيء في المدة بقراءة اخرى الى آخر ما ذكرنا واحتج ايضا بآثار وهي ما روى الدارقطني قال ثنا ابو بكر الميموني قال ذكرت لاحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سيذكره مما يوافق مذهبنا فقال لا ادري ما هو قد روي عن عثمان خلافه قيل له من رواه قال حبيب بن ابي ثابت عن طاوس عن عثمان وما روى مالك رحمه الله في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه كان يقول اذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق فان مضت الاربعة الاشهر توقف حتى يطلق او يفيء وما روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنه انه كان يقول في الايلاء الذي سمى الله تعالى لا تحل بعد ذلك الاجل الا ان يمسك بالمعروف او يعزم بالطلاق كما امر الله تعالى وقال ابو البخاري قال لي اسمعيل بن اويس حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال اذا مضت اربعة اشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى وقال الشافعي رحمه الله ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال ادركت بضع عشر رجلا من الصحابة كلهم يقول توقف المولي وقال بعضهم روى سهيل بن ابي صالح عن ابيه قال سألت اثني عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى يمضي اربعة اشهر قلنا آثار الاربعة الاول معارضة بالاول فيما روى عن عبد الرزاق ثنا معمر عن عطاء الخراساني عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وزيد بن ثابت كانا يقولان في الايلاء اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة واحدة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وهذا اولى لان سنده جيد موصول بخلاف ذاك فان حال رجاله لا يعرف الا حبيب وهو ايضا اعضله ولا يعلم ان طاوسا اخذ عن عثمان رضي الله عنه فهو منقطع واما الثاني فيما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن قتادة ان عليا وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهي احق بنفسها وتعتد عدة المطلقة وكل منها مرسل فان رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن ابي طالب رضي الله عنهم مرسلة وكذا قتادة وهما متعاصران وتوفي قتادة سنة سبع عشرة او ثمان عشرة ومائة على اختلاف الاقوال وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول وقال غير واحد سنة ثماني عشرة وقيل سنة اربع عشرة وقيل خمس عشرة وقيل سنة عشرة فاعتدلا في هذا القدر ثم المثبت من اشتهار قتادة بفطيم الحفظ والاتقان والمحافظة على الاداء كما سمع بينه اكثر واشهر من المثبت لمحمد رحمه الله قال عبد الرزاق عن معمر قال جاء رجل الى ابن سيرين فقال رأيت حمامة التقمت لؤلؤة فخرجت عنها اعظم مما دخلت ورأيت حمامة اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت اصغر مما دخلت ورأيت اخرى التقمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء فقال له ابن سيرين اما التي خرجت اعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع فيجوده بمنطقه ثم يصل فيسمن مواعظه واما التي خرجت اصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل واما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو احفظ الناس انتهى وفي مناجاة الحمام من حفظه واما الثالث والرابع فيما اخرجه ابن ابي شيبة ثنا ابو معاوية عن الاعمش عن حبيب عن سعيد بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنه وابن عمر رضي الله عنه قالا اذا آلى فلم يفيء حتى مضت اربعة اشهر فهي تطليقة بائنة ورجال هذا السند كلهم اخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا ولم يبق الا قول من قال بان اصح الحديث ما روي في كتاب البخاري ومسلم ثم ما كان على شرطهما الى آخر ما عرف وقد منا في كتاب الصلوة انه تحكم محض لانه اذا كان العرض ان المروي على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته الا كونه لم يكتب في خصوص اوراق بعينه ولا اثر لذلك وقول البخاري اصح الاسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنه لم يوافق عليه فقد قال غيره غيره وقال المحققون ان ذلك يتقدر الحكم به وانما يمكن بالنسبة الى صحابي وبلد فيقال اصحها عن ابن عمر رضي الله عنه مالك عن نافع عنه

وان كان حلف على الابد فاليمين باقية لانها مطلقة ولم يوجد الحنث لتوقفه به الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لانه لم يوجد منع الحنث بعد البينونة فان عاد فتزوجها عاد الايلاء فان وطئها والا وقعت بمضي اربعة اشهر تطليقة اخرى لان اليمين باقية لا طلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم

وعن ابي هريرة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عنه واصح اسانيد الشاميين الاوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة رض واصح اسانيد اليمانيين معمر عن همام عن ابي هريرة رض ونحو ذلك واحسن من هذا ايضا الوقوف على اقحام هذه فان في خصوص الموارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك ثم قد يكون الراوي المعين اكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير اوثق بحديثه واحفظ له على منه على عفي اماطة بافراد متونه واعلم بعادته في تحديثه وعند ليس ان كان ويقصده عند ابتدا وارسالة ممن لم يلازمه تلك الملازمة لا في فرد معين وفرض ان غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط او ارفع منه فاتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضته ما هو الامحض تحكم فان بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الا جزا الا بالملازمة واثرها الذي يزيد به على الآخر انما هو بالنسبة الى مجموع متونه لا بالنسبة الى خصوص متن وح فما بيناك لسعيد بن جبير وقد روي عن ابن عمر وابن عباس رض خلافه واما رواية الشافعي رح عن سليمان فحاصلها ان قول جماعة من الصحابة رض كذلك وكذا ما ذكر من سهيل ويليتين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه الروايات مع اختلاف بلغاتهم في علو الحال والفقه كما اسمعناك عن وكيع وكون من وهب ابي خلاف المروي عنهم افقه واعلى منصبا ونحن قد اخرجنا ما قلناه عن الاكابر مثل عثمان وعلي رض واعلى ترجيح باعتبار صحابة وكذا عن زيد بن ثابت وهو من اكابرهم ممن اخذ ابن عباس رضي الله عنهم بركابه حين ركب وقال هكذا امرنا ان نفعل بعلمائنا وكذا عن ابن عباس رض فيما قدمناه وكذا عن عمر بن الخطاب رض اخرج الدارقطني عن ابن اسحق حدثني محمد بن مسلم بن شهاب بن سعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن ان عمر بن الخطاب رض كان يقول اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة وهو الملك بروياه ما دامت في عدتها وابن اسحق صرح فيه بالتحديث واخرج عبد الرزاق ثنا معمر وابن عيينة عن ايوب عن ابي قلابة قال آلى الثقفي من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال اذا مضت اربعة اشهر فاعترف بتطليقة واخرج نحوه هنا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن ومكحول واخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقبيصة وسالم وابي سلمة وبهذا ترجيح عام وهو ان كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه لانه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع لانه خلاف ظاهر لفظ الآية فلولا انه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لانهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع واندرج في هذا من روي عنهم الشافعي رح من الصحابة وسهيل على انه ليس في اللفظ المروي لسهيل حجة لاحد الفريقين اصلا **قوله** وان كان حلف على الابد هو بان يصرح بلفظ الابد او يطلق فيقول لا اقربك مقتصرا الا ان تكون حائضا فليس بمولي صلا لانه ممنوع بالحيض فلا يفيد المنع ولو قال والله لا اقربك الى اليمين ولذا لا اقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم المخيط يكون موليا **قوله** الا انه لا يتكرر استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر منه انه يقع اخرى عند مضي اربعة اشهر اخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد وبه قال ابو سهل وعليه مشى المرغيناني لان حاصل اليمين المطلقة كلما مضت اربعة اشهر لم اجامعك فيها فانت طالق ولو صرح بذلك كان الحكم كذلك فكذا اذا صرح بمرة ومنه والمختار قول الكرخي رح وانه لا يقع الا اذا تزوجها وعليه مشى في البدائع وتحفة الفقهاء وشرح الاسبيجابي والجامع لان وقوع الطلاق جزاء الظلم وقد تحقق في الاول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد ايلاء ثبت حكمه من الوقوع عند مضي الاشهر جزاء الظلم وليس للبائنة حق الوطء فلا ينعقد الايلاء ثانيا ابتداء في حقها فلا يلزم حكم اليمين بخلاف ما لو آلى حال قيام النكاح ثم ابانها ثم تزوجها ثم مضت مدة الايلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الايلاء لصدوره في حال تحقق ظلمه فيكون اوضح منه لتعليق البائن والبائن المعلق لحق البائن المنجز في العدة على ما اسلفناه في لآل للنيابات وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول ابي سهل انه كقوله كلما مضت اربعة اشهر

ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت التزوج فان تزوجها ثانيا عاد الايلاء ووقعت بمضي اربعة اشهر اخرى ان لم يقربها لما بينا ٥
فان تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الايلاء طلاق لتقييده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسئلة التخيير الخلوة فيه
وقد مر من قبل واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث فان وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فان حلف على اقل من
اربعة اشهر لم يكن موليا لقول ابن عباس رض لا ايلاء فيما دون اربعة اشهر ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة
بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا اقربك شهرين

فانت طالق وذلك لان قوله والله لا اقربك اربعة اشهر انما صار منزلة قوله اذا مضت اربعة اشهر فانت طالق اذ انعقد ايلاء شرعا استقبالا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر
وانعقاده ايلاء انما يكون حالا كونه ظالما لان ذلك الحكم هو جزاؤه فاذا لم يكن ظالما كان الثابت بمجرد اليمين على ترك قربانها وهو اعم من الايلاء فلا يستلزمه فيبقى يمينا دون ايلاء فلا يصير كقوله
كلما مضت اربعة اشهر فانت طالق فيبر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء كما لو قال لاجنبية والله لا اقربك ابدا ثم تزوجها فلم يطأها حتى مضت اربعة اشهر لا تطلق ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ولذا قلنا اذا
تزوجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلث بواسطة تكرر النكاح في الايلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وان لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطئ **قوله** ويعتبر ابتداء هذا الايلاء من وقت
التزوج اطلق في ذلك كذا في الكافي وقيد في النهاية والغاية تبعا للتمرتاشي والمرغيناني بما اذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فاما ان كان فيها اعتبر ابتداؤه من وقت الطلاق ومثله لو الى من زوجته
موبدا ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الايلاء فان مضت اربعة اشهر وهي في العدة وقعت عليها طلقة وان مضت بعد انقضائها لا يقع شيء وان تزوجها بعد الانقضاء عاد الايلاء ويعتبر ابتداؤه
من التزوج فلا يحتسب بما مضى قبله فلو تزوجها والمدة احتسبت به قال في شرح الكنز وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بينا ضعفه انتهى فالاولى اعتبار الاطلاق
كما في الهداية **قوله** لتقييده بطلاق هذا الملك لان الغرض منه المنع واذا انما يحصل بمطلان حل نكاح بطلانه ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديد بعد التزوج بغيره لانه غالب العدم على ما بينا قد
في مسئلة التخيير وهو ما اذا علق طلاقها بالدخول ثلاثا ثم خير الثلث فزوجت بغيره ثم اعادها فدخلت لا تطلق خلافا لزفر فعنده فرع تلك وفيه خلاف زفر كذلك كذا الى من زوجته ثم طلقها
ثلاثا بطل الايلاء حتى لو مضت اربعة اشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافا لزفر ولو تزوجها بعد زوج آخر في الايلاء الموبد لا يعود الايلاء خلافا له ولو بانت
بالايلاء مرة او مرتين فتزوجت بغيره ثم اعادت اليه عادت بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى عليها اربعة اشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة
الهدم وقد مرت **قوله** فان حلف على اقل من اربعة اشهر لم يكن موليا وقال به الائمة الاربعة واكثر العلماء وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحماد
وابن ابي ليلى واسحق يصير موليا في قليل المدة وكثيرها فان تركها اربعة اشهر بانت بطلقة لاطلاق الآية في ذلك فان لم يقيد الايلاء بكونه على
اربعة اشهر فصاعدا بل خص بالاربعة مدة التربص واطلق الحلف وكان ابو حنيفة رح اولا يقول به ثم رجع الى قول ابن عباس رض لما صح عنده
سواه كخلافه واخرج ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن سعيد عن مكحول عن عطاء عن ابن عباس رض قال اذا آلى من امرأته شهرا او شهرين او ثلاثة
ما لم يبلغ الحد فليس بايلاء واخرج البيهقي عنه قال كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك فوقت الله عز وجل اربعة اشهر فان كان
اقل من اربعة اشهر فليس بايلاء واخرج ابن ابي شيبة نحوه عن عطاء عن طاوس وسعيد بن جبير والشعبي ولا شك ان ظاهر الرواية كقول من
قال بانه ايلاء والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا فان قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه انه زيادة على
النص اذ هو تقييد لاطلاق الحلف في كونه ايلاء فلا يجوز الا ان يكون فيه اجماع من الصحابة والمعنى الذي ذكره هو ان المولي لا يقدر على القربان في اقل الا بشيء يلزمه
وهذا ليس كذلك فرع كون اقل المدة اربعة اشهر والا فنحن لا نقول بقوله اذ قلنا بعدم تقييد المدة المحلوف عليها بها فاثبات كون الاقل اربعة اشهر
مصادرة **قوله** ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع الخ قيل هو بناء على انه اراد بالاقل من اربعة اشهر فان وضع المسئلة في الاصل اذا حلف
لا يقربها شهرا او الاقل من اربعة لا يستلزم كون الامتناع الا في بعض المدة مطلقا الا في اكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة اشهر وقيل لفظ اكثر مقحم وبعد
ذلك تقريب ظاهر وقيل اراد بالاكثر تمام المدة اربعة اشهر سماها اكثر لانها اكثر من المدة المحلوف عليها لا اشكال لان المانع غير موجود في جميعها
في جميع صور الحلف على اقل من اربعة اشهر واستضعفه في الكافي قال وانما يصح ان لو قال في اكثر المدتين انتهى ووجهه ان افعل التفضيل يلزم
في اضافته الى شيء كونه بعض ما اضيف اليه وكذا امتنع يوسف ره احسن اخوته وخواص البشر افضل الملائكة وليس الاربعة الاشهر التي هي المراد بالاكثر

وشهرين بعد هذين الشهرين فهو صول لانه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال والله لاقربك شهرين بعد الشهرين الاولين

بعض المدة المضاف اليها لاستحالة كون الاربعة بعض ما هو اقل منها فلزم في صحته ان يقول اكثر المدتين يعني المدة المحلوف عليها ومدة الايلاء هي اربعة اشهر بمدتان والثانية اكثر منها ولا اشكال في انه لو قال في بعض المدة كان احسن واسلم **قوله** وشهرين بعد هذين الشهرين الى اخر المسئلة الثانية لفظ بعد الشهرين ليس قيدا في حكم المسئلة الاولى بل قيد في الثانية فقط ولفظ يوما في الثانية ليس قيدا اذ لا فرق بين مكثه يوما او ساعة وقيل تكرير اليمين في مجالس ومجالس بينها اقل من يوم يجبر عند ابي حنيفة وابي يوسف فقيد بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية وهذا بعيد لان اثبات المذهب نصوا على ان قوله والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف وانما حكي في قوله والله والله لا افعل كذا فذكروا ان الظاهر الرواية انها يمينان وفي نوادر ابن سماعة يمين واحدة في المنتقى جعل كونها يمينين قياسا وكونها يمينا واحدة استحسانا وفرع في الدراية في آخر الباب من غير ان يعزوه قال والله لا اقربك مرارا في مجلس واحد تتعدد الكفارة ويطلق ثلثا يتبع بعضها بعضا قياسا قال وهو قول محمد وزفر واحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الاشهر ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يزد على ذلك لم يكن مولیا ايضا لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدتين فتتاخر المدة الثانية عن الاولى بيوم واحد او بساعة بحسب ما فصل بين اليمينين فالحاصل من حلفيته الحلف على شهرين ويوم او ساعة على حسب التفاصل والاصل في جنس هذه المسائل ان الايلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث وانه لا تلازم بين كونه ايلاء ويمينا كما قدمنا فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان وقد يتعدد البر ويتحد الحنث وقلبه وتعدد البر يتعدد المدة لانه يتعدد الايلاء وهو يتعدد انظم وهو يتعدد مدة المنع وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت المدتان متداخلتين وتعدد اليمين بتعدد اسم الله او تكرار حرف لا داخلة على المدة ومن زاد السكوت لم يحتج اليه لان الاسم الكريم بتكرر بعد السكوت ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده في التجريد عن ابي حنيفة رحمه الله اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجالس والمجالس سواء ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم مثال تعددها اذا جاء خذفوا والله لا اقربك اذا جاء بعد غد فوالله لا اقربك اما انها يمينان فلتعدد الذكر واما انها ايلاء ان فلتعدد المدة فان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بر في الاولى وبانت فاذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت ايضا ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وان اطلق لزومها في الكافي ولو قربها في الغد لزمته كفارة لان الغد لم ينعقد عليه الايمين واحد وتعدد الكفارة بتعدد اليمين ونظيره في النوازل قال والله لا اكلمه يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان وان كلمه بعد الغد فعليه يمينان وان كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة فان كلمه بعد سنة فلا شيء عليه ومن تعددها والله لا اقربك اربعة اشهر والله لا اقربك اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر وآخرى لا اربعة اشهر اخرى بعد هذه الاربعة الاشهر الا انه تعدد وتعدد المدة بلا تداخل فلا يتصور في قربان واحد كفارتان وهذه نظير مسئلة الهداية في عدم تداخل المدتين اعني قوله والله لا اقربك شهرين ثم بعد يوم والله لا اقربك شهرين بعد هذين الشهرين فانه ليس بايلاء كما ذكر ولكن تتداخل المدتان فلو قربها في الشهرين الاولين لزمته كفارة واحدة وكذا في الشهرين الاخيرين لانه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة وقد توارد شروح الهداية من النهاية ومختصرها وغاية البيان على الخطا عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره فلو قربها في الاربعة الاولى لزمته كفارة واحدة وكذا

لم يكن موليا لان الثاني انجاب بينه وقد صار ممنوعا بعد الاولى شهرين وبعد الثانية اربعة اشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل
مدة المنع ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر وهو يصرف الاستثناء الى آخره اعتبارا بالاجارة فتمت مدة المنع
وكان المولى من لا يمكنه القربان اربعة اشهر الا بشق يلزمه ويمكنه ههنا لان المستثنى يوم منكر بخلاف
الاجارة لان الصرف الى آخره لتصحيحها فانها لا تصح مع التنكير وكذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي اربعة اشهر او اكثر

في الاربعة الثانية ولو كان الطلق فقال والله لا اقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا اقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين
الثالثة تلزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه ولو لم يقربها حتى مضت اربعة اشهر بانت بطلقة وعند تمام الثانية وهو ساعة
بعدها تبين باخرى اذا كانت في العدة وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف بخلاف ما مضى في الكتاب في تابيد اليمين فان الايلاءات
هناك تنزل متعاقبة بواسطة تابيد اليمين الواحدة ففيه الخلاف في انه هل ينعقد الايلاء الثاني في العدة اولا ومن منعه قال لا يبتدأ الايلاء الا في
حال يكون بالمنع ظالما اما ههنا فالايلاءات الثلاثة صح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام
النكاح ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة الا اذا تزوجها فتقع بحكم تابيد اليمين اذا مضت اربعة اشهر من وقت التزوج ومثال
اتحادهما والله لا اقربك بعد اربعة اشهر او لا اقربك شهرين وشهرين وفي الكافي نظيره كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا اقربك فكلمتهما معا
وليس للتقييد بذلك فائدة فان بتكليمهما معا لم تحل اليمين بل لو كلمت احدهما بعد ما يثبت الايلاء فالظاهر كون هذا من صور تعذر اليمين فان علة
التعدد فيما بعد هذه بعينها في هذه ومثال تعدد البر واتحاد اليمين كلما دخلت هذه الدار فوالله لا اقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم
آخر فان قربها تجب كفارة واحدة وان تركها اربعة اشهر من اليوم الاول بانت بطلقة فاذا مضى يوم آخر بانت باخرى واذا مضى يوم آخر بانت
بالثالثة وفي هذا المثال نظر لان الحالف بالله وقع جزاء لشرط متكرر فيلزم تكرره ولا يشكل بانه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لانه لم يوجد فيه
ذكر اسم الله تعالى والا لزم ان لا حلف عند الشرط الاول ايضا ومع ذلك يثبت الحالف عنده ولعله اشتبه بوالله كلما دخلت لا اقربك بكلما دخلت
فوالله لا اقربك كذا لو قال كلما دخلت الدار فانت طالق ثلثا ان قربتك بتعدد برا وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة ولا يتصور
حنثه الا مرة واحدة لتعذر وقوع شيء آخر بعد الثلث ونحوه كلما دخلت فعبدي حر ان قربتك سواء ومثال اتحاد الايلاء وتعدد اليمين اذا جاء
خذ فوالله لا اقربك ثم قال في المجلس اذا جاء خذ فوالله لا اقربك فهو ايلاء واحد في حكمه البر حتى لو مضت اربعة اشهر من الغد طلقت وان
قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم وكذا والله لا اقربك اربعة اشهر من غير ان يزيد لفظا آخر او نحوه واعلم ان هذه
خلافية وصورتها في الخلافيات لو قال والله لا اقربك والله لا اقربك والله لا اقربك في ثلث مجالس فكل من اليمين والايلاء ثلاثة وان كان
في مجلس واحد فان اراد به التكرار فاليمين واحدة والايلاء واحد وان لم ينو شيئا او اراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار
فالايمان ثلاثة اجماعا والايلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد حتى اذا مضت اربعة اشهر ولم يقربها تبين بطلقة ثم عقيبها تبين باخرى ثم باخرى
الا ان يكون غير مدخول بها فلا يقع الا واحدة وان قربها وجب عليه ثلاث كفارات وفي الاستحسان وهو قولهما الايلاء واحد ولا يقع
الا واحدة ويجب بالقربان ثلث كفارات لان الشرط الواحد يكفي لايمان كثيرة ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الايلاء
قوله لم يكن موليا اي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها وبقي بعد يوم القربان اربعة اشهر فصاعدا الى تمام السنة حتى لو تركها بعد ذلك
القربان اربعة اشهر وقعت تطليقة **قوله** اعتبارا بالاجارة وهو ما اذا قال اجرتك سنة الا يوما ينصرف اليوم الى آخر السنة وكذا
اذا قال في الصورة المذكورة سنة الا نقصان يوم يكون موليا صرفا له الى الآخر وبما اذا اجل الدين **قوله** ويمكنه هنا لان المستثنى

صار مولياً لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامرأته بها لم يكن مولياً لانه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالاخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج او بصوم او بصدقة او بعتق او طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الاجزية سائغة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده

يوم منكر فيصدق على كل يوم من ايام تلك السنة حقيقة فيمكنه ان يطأها قبل مضي اربعة اشهر من غير شيء يلزمه اعتبار اليوم الوطي المستثنى بخلاف ما قاس عليه فان المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس الا لفظة بل لتصحيح الاجارة فانها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لا يتعين مدة الاجارة والنقصان ينصرف الى الاخير وكذا المقصود من تاجيل الدين تاخير المطالبة فتعين بدلالة الحال والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا اكلم زيدا سنة الا يوما ينصرف الى اليوم الاخير وجواب صاحب النهاية بان اليمين الحاصل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال شطر منظور فيه بانه مشترك الالزام اذ الايلاء ايضا يكون عن المغايظة **قوله** صار مولياً لسقوط الاستثناء مع ان الباقي من السنة مدة الايلاء ولو اطلق بان قال لا اقربك الا يوما لا يكون مولياً حتى يقربها فاذا قربها صار مولياً ولو قال سنة الا يوما اقربك فيه لا يكون مولياً ابداً لانه استثنى كل يوم يقربها فيه لا يكون ممنوعا ابدا وكذا لو اطلق مع هذا الاستثناء واذا قال سنة فمضت اربعة اشهر ولم يقربها فيه فوقعت طلقة ثم تزوجها ومضت اربعة اخرى لم يقربها فيها وقعت اخرى فاذا تزوجها فمضت اربعة اخرى لا يقع لان الباقي بالضرورة اقل من اربعة اشهر **قوله** ولو قال وهو بالبصرة اذا حلف لا اقربها في مكان معين هي فيه او زمان معين هو فيه غيرهما ان كان بينهما قدر اربعة اشهر كان مولياً على ما فرع قاضي خان والمرغيناني فانهما قالا لو كان بينهما مسيرة اربعة اشهر فصيغة باللسان ولم يعتبرا امكان خروج كل منهما الى الآخر فيلتقيان في اقل من ذلك وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر ان يكون بينهما ثمانية اشهر فانه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وكان بينهما اقل من ثمانية اشهر لا يصير مولياً لجواز انهما يخرجان فيلتقيان في اقل من اربعة اشهر فيقربها وان كان بينهما اقل من ذلك لم يكن مولياً عند الائمة الاربعة الا في رواية عن احمد وهو قول ابن ابي ليلى فانه يكون مولياً فان تركها اربعة اشهر بانت بتطليقة وينبغي ان يصير مولياً على قول كل من قدمنا عنه انعقاد الايلاء اذا حلف على اقل من اربعة اشهر ابن ابي ليلى وغيره وكذا اذا قال والله لا اقربك الا في المحرم وهو في شوال او حتى تفطمي ولدك الى مدة الفطام اقل من اربعة اشهر والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من ان المولي من لا يمكنه القربان في الاربعة اشهر الا بشيء يلزمه وليس فليس وقد بحثنا هناك ان هذا فرع كون اقل مدة ينعقد الايلاء بالحلف عليها اربعة اشهر وبالضرورة انهم لا يلزمون ذلك الا ان يجعل هذا اصلا مجهدا في مذهب المالكيين بعد ثبوت عدم انعقاده لاقل من اربعة اشهر بدليل من اقوال الصحابة فتعلل الاحكام المذهبية لا عند قصد الاثبات على المخالف ثم اورد على هذا الاصل ما لو قال والله لا اقربكن اربع نسوة فلانه مول فاذا تركهن في المدة طلقن ولو قرب ثلاثا منهن لا يلزمه شيء فثبت ان امكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الايلاء اجيب بما حاصله ان الايلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون مولياً منهن فعدم لزوم شيء لعدم الحنث لان الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقربانهن والموجود قربان بعضهن وحاصل هذا تخصيص اطراد الاصل بما اذا حلف على واحدة بادنى تامل **قوله** ولو حلف بحج الخ بان يقول ان قربتك فعلي حج او عمرة او صدقة او صيام او هدي او اعتكاف او يمين او كفارة يمين او فانت طالق او هذه لزوجة اخرى او فعبدي حر او فعلي عتق لعبد منهم فهو مول اما لو قال فعلي صوم هذه الشهر مثلا فليس بمول لانه يمكنه ترك القربان الى ان يمضي ذلك ثم يطأها بلا شيء يلزمه بخلاف قوله فعلي صوم يوم ولو قال فعلي اتباع جنازة او سجدة تلاوة او قراءة القرآن او الصلوة في بيت المقدس او تسبيحة فليس بمول ونقل في الصلوة خلاف محمد فعنده يكون مولياً لانه مما يلزم بالنذر وتقدم اول الباب مما يجاب به عنه وتجب صحة الايلاء فيما لو قال

وفيه خلاف ابي يوسف رح فانه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع للانفية فيه والحلف بالطلاق ان يعلق بقربانها طلاقها او طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وان آلى من البائنة لم يكن موليا لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا

فعلى مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة وكذا خلافه ثابت في مسئلة النذر والمذكور في اول الباب فان قلت ينبغي في الصلوة في بيت المقدس ان يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج قلنا نعم لو لزم من نذر الصلوة في بيت المقدس ان لا يسقط الا بالصلوة فيه لكن المذهب ان له ان يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف ولو قال فعلي ان اتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم او مالي بيته في المساكين لا يصح الا ان ينوي التصدق به ولو قال فكل مملوك اشتريه فيما يستقبل حر صار موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح وهو رواية عنهما وكذا لو قال كل امرأة اتزوجها فهي طالق يصير موليا عندهما خلافا لابي يوسف رح ولو قال كل امرأة اتزوجها من اهل الاسلام لا يصير موليا وعلى هذا لو قال لا اقربك حتى اعتق عبدي او حتى اطلق فلانة او حتى اطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لانه يمكنه القربان بلا شيء بان لا يشتري عبدا ولا يتزوج وبتقديم الغاية قلنا فلم يمكنه الا بضرر لازم اذ اللزوم لاجل قربانها كاللزوم به واعلم ان الاصل انه متى جعل لهينيه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا اقربك حتى تطلع الشمس من مغربها او حتى يخرج يأجوج ومأجوج او ينزل عيسى عليه السلام او حتى يخرج الدجال او الدابة فهو مؤل استحسانا بناء على الظاهر وان احتمل القرب وقت التكلم به وكذا اذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى اموت او تموتي او افتاك وتقتليني او ابينك وان كانت توجد في المدة لكنه تصلح جزاء نحو حتى اعتق عبدي او اطلق فلانة كانت موليا عندهما خلافا لابي يوسف وقد عرفت الوجه **قوله** وفيه خلاف ابي يوسف اي في ثبوت الايلاء لا بالحلف بعتق عبد المعين فان ضمير فيه يتعلق بعبد وهو المعين لا المبهم فان تعليله لا يتم فيه **قوله** البيع موهوم اي هو غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشتري وقد لا تجد مشتريا في المدة فيقتضي قبل وجوده بخلاف الاخراج من الكوفة لانه مقدور له وهو وان توقف على امتثالها ايضا لكن امتثالها واجب لوجوب طرق الوجود بخلاف امتثال المشتري واذا كان موهوما فلا يمنع المانعية الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقربان ولو باع هذا العبد سقط الايلاء لانه صار بحال يمكنه قربانها بغير شيء ولو ملكه بسبب شراء او غيره عاد الايلاء من وقت الملك ان لم يكن وطيها قبله فان كان وطيها قبل تجدد الملك لم يعد لسقوط اليمين ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على الوطء بغير شيء وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها او ابانتها ثم تزوجها **قوله** وان آلى من المطلقة الرجعية كان موليا باتفاق الائمة الاربعة بخلافه من البائنة وان كانت من ذوات الاقراء فلاحتمال امتداد طهرها وان كانت تعتد بالاشهر الثلاثة فلاحتمال رجعتها فينعقد الايلاء مقيدا الى ما بعد الرجعة فان لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانت وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالمطلقة الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة وعلى قولنا من حيث انها لا حق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما والجواب ان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص والمطلقة الرجعية كانت من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن والبعل الزوج حقيقة على ما سلفناه في اول باب الرجعة فكانت المرأة من نسائه فيشملها النص للايلاء الا ترى انه يثبت الايلاء وان سقطت حقها في الجماع لخوف الفيل على ولد او غيره فعلم ان التعليل بالظلم باعتبار ابناء الاحكام على الغالب بخلاف البائن لانتفاء اسم الزوج حقيقة فينبغي كونها من نسائنا وقيل انما لم يكن موليا من البائنة لان الايلاء تعليق طلاق بائن على مضي المدة بلا قربان والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق يعني اذا كان التعليق بعد الابانة لما قدمنا من انه اذا كان قبلها فوجد الشرط في عدتها من البائن يلحق وهذا المصر يقتضي انه لولا هذا لصح الايلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونسائنا والحق ان مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الايلاء منها وهو عدم الزوجية

لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وان قربها اكثر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه ومدة
ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتنتصف بالرق كمدة العدة وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او مغيبة
لا تجامع وكانت بينهما مسافة لا يقدران يصل اليها في مدة الايلاء ففيئه ان يقول بلسانه فئت اليها في مدة الايلاء فان قال ذلك سقط الايلاء

فالاسناد اليه اولى ثم لا يخفى ان تخلف العلة في محل واحد نقض الا المانع فالحق ان هذا النظم حكمة ونفس الايلاء هو العلة فلا يلزم وجوده دائما **قوله**
لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية وهي كونها من نسائنا في الايلاء والظهار قال الله تعالى والذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى
والذين يظاهرون من نسائهم فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالايلاء والظهار لا وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الايمان بالطلاق ان الاضافة
الى سبب الملك صحيحة وكذا في الايلاء والظهار واذا قال ان تزوجتك فوالله لا قربتك وقع صحيحا وكذا ان تزوجتك فانت علي كظهر امي الا انه لا ينعقد الايلاء او
الظهار لا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لا قبله ولان الظهار لما كان تشبيه المحللة بالمحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها
قوله اذ اليمين منعقدة في حقه اي في حق الوطي لان انعقاد اليمين يعتمد القصور عسا لا شرعا الا ترى انها تنعقد على ما هو معصية **قوله**
لمدة العدة اي في الطلاق الرجعي فينتصف بالرق لانه من حقوق النكاح وعند مالك والشافعي رح تستوي مدة ايلاء الحرة والامة والقياس
على مدة العدة بجامع كونها تربص هذا اجل للبينونة كالعدة مدفوع فان البينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة وايضا تربص العدة
للخطر وتعرف الفراغ فهو المؤثر وهو منتف في تربص الايلاء قالا وجه الاستواء العموم نص الايلاء لان الامة من نسائنا ولان ضررها ايلاء
لعذر الزوج وفرعا جريا على عادته تعالى من عدم المعاجلة بالعقوبة فاخرت عقوبته الدنيوية نظلمه الى انقضاء اربعة اشهر وهذا المعنى
لا يختلف في الحرة والامة **قوله** وان كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع لا فرق بين كون عدم القدر للمرض او للعجب كما انه في حقها
لا فرق بين كون المانع مرضها او الرتق او القرن وبين الناس من منع ايلاء المجبوب ومن الرتقاء والقرناء لانه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم وجوابه
ما قلنا في المطلقة الرجعية ولان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص وذلك باطل وفي جوامع الفقه لو عجز عن جماعها لرتقها او قرنها او صغرها
او بالجب او العنة او كان اسيرا في دار الحرب او لكونها معتقة او كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة او بينهما اربعة اشهر او حال القاضي
بينهما بشهادة الطلاق الثلاث ففيئه باللسان بان يقول فئت اليها او رجعت عما قلت وراجعتها او ارتجعتها او ابطلت ايلاءها واختلف في
الحبس صح الفيء باللسان بسببه في البدائع وفي شرح الطحاوي لو آلى وهي مجنونة او هو محبوس او كان بينهما اقل من اربعة
اشهر الا ان السلطان يمنعه او العدو لا يكون فيئه باللسان وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي ووفق محمد ما في الكافي
وشرح الطحاوي على امكان الوصول الى السجن بان تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس
بحق لا يعتبر في الفيء باللسان وبظلم يعتبر وهل يكفي الرضا بالقلب من المريض قيل نعم حتى ان صدقته كان فيئا وقيل لا وهو
اوجه ثم هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى ان تمضي اربعة اشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فهلك قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض
له العجز بمرض او بعد مسافة او حبس او جب او اسر ونحو ذلك او كان عاجزا حين آلى وجواز العجز في المدة لم يصح فيئه باللسان خلافا
لزفر في غير الاخيرة قال العجز ثابت وهو المدار قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الاضرار فلا يكون فيئه الا بايفاء حقها
بالجماع بخلاف ما اذا استوعب العجز المدة لانه لم يكن لها حق فيها فكان ظالما في الايلاء باذى اللسان ففيئه الذي هو
توبة بتطييب قلبها به لان التوبة على حسب الجناية ولو آلى ايلاء موبدا وهو مريض بانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض
ففيئه بلسانه لم يصح عند ابي حنيفة رح ومحمد وصح عند ابي يوسف رح وهو الاصح على ما قالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض

وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان حنثا وكفارة اذ هما بدل كالمتعة فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان
والا لم تقع الظلم لايجاب الطلاق وقد رد على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لانه قد رد على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف
ولذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب فهو كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين
ظاهرا وان قال اردت الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلث وقد ذكرنا في الكنايات وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالحرمة وهو لكن فيه وكما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد وان قال اردت
التحريم او لم اردبه شيئا فهو يمين يصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال انه يمين عندنا وسنذكره في الايمان ان شاء الله

وفي زمان العدة هي مبانة لاحق لها في الوطء فلا يعود حكم الايلاء فيه وهما يقولان ذلك بتقصيره فانه كان يمكنه الفيء باللسان
قبل مضي المدة ولا تبين ولو كان المانع شرعيا بان كان محرما وآلى وقت افعال الحج اربعة اشهر فصاعدا فالفيء بالجماع وعند زفر باللسان
وهو رواية عن ابي يوسف لان الاحرام مانع من الجماع شرعا فيثبت بالعجز فكان فيئه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف وهذا لانه المتسبب
باختياره بطريق محظور فيلزمه فلا يستحق تخفيفا **قوله** وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي لانه لو كان فيئا لكان
حنثا وضعف هذا لا يخفى على من له شمة لانه حلف على الجماع فكيف يحنث بفعل غيره فان اراد بقوله لو كان فيئا لكان حنثا لان الفيء لا يكون
الا بالجماع فلو كان فيئا لكان بالجماع فكان حنثا لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى فان فاؤا لا يوجب تعيين كون الفيء الجماع لان
معناه وان رجعوا عن عزمهم ذلك على الظلم وذلك يحصل بارضائها بالجماع وبارضائها بالقول ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه
ذلك فلا يتم ما قالوا والحق ان مذهب الشافعي ومالك واحمد كقولنا ولو وطئها بعد الفيء باللسان في مدة الايلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لان
يمينه باقية في حق الحنث وان بطلت في حق الطلاق **قوله** وصار فيئه بالجماع حتى لو لم يجامع حتى تمت المدة وقع الطلاق وهذا لان المقصود
عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة وهذا فرع تمامها ولم تتم حتى قدر على الاصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البدل فيبطل حكم
الخلف كالمتيمم اذا رأى الماء **قوله** سئل عن نيته هذا هو المذكور في كتب محمد رح وهو جواب الرواية لان بيان المجمل على المجمل وهو ظاهر الرواية
وهو قول ابي بكر وعمر رض وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاؤس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم وعن علي وزيد بن ثابت
وابن عمر وابن ابي ليلى ومالك ان الحرام ثلث الا ان مالكا قال ينوي في غير المدخولة ويروى عن علي رض التوقف وفيه نحو احد عشر مذهبا
غير ما ذكرنا **قوله** لانه نوى حقيقة كلامه اذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحل فكان كذبا وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم انه كتحريم
قصعة من ثريد ليس بشيء واورد لو كان حقيقة كلامه لا تصرف اليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف الى اليمين والجواب
ان هذه حقيقة اولى فلا تنال الا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشتهار وقيل لا يصدق في القضاء وقاله شمس الائمة
السرخسي بل فيما بينه وبين الله تعالى لانه يمين ظاهرا لان تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى ان قال
تعالى قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فلا يصدق في القضاء في نية خلاف الظاهر وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكره والاول
قول الحلواني فظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث **قوله** الا ان ينوي الثلث ولا تصح نية الثنتين الا في الامة خلافا لزفر والمزني رح
في الكنايات وهو التفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق اولا ولو طلق امرأته طلقة ثم قال انت علي حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ولو نوى
الثلث وقعت ثنتان فكملت الثلاث **قوله** وان قال اردت الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف كذا ذكره القدوري وليس مذكورا في ظاهر الرواية
ولذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي وانما نقله شمس الائمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد رح وجه قوله ان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهو
منتف وفي جوامع الفقه نقل عن محمد انه ظهار اذا نوى الظهار على ما عرف النقل به عنه **قوله** ولهما انه اطلق الحرمة الخ حاصله ان الحرمة
اعم من الحرمة التي هي ظهار اولا والاعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء **قوله** وان
قال اردت التحريم او لم اردبه شيئا فهو يمين يصير به موليا ونص في الجامع انه خلاف قول محمد حيث قال فان نوى اليمين او لم ينو شيئا

ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم بالصواب

كان يمينا وينصرف الى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته الا بالنية هكذا قال محمد وعن مشائخ بلخ تدخل امرأته بلا نية فتبين وصحح في هذا الزمان وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها قال نعم وكذا حلال المسلمين ثم على قول محمد اذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب من اليمين فحنثت اي ذلك وجد فاذا تناول شيئا من الطعام والشراب حنث وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب من امرأته بعد ذلك لا يحنث ولا فرق بين ان يتناول قليلا او كثيرا بخلاف ما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام وهو مما يستوفى فيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه وكذا لا يدخل اللباس الا بالنية اذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين **قوله** ومن المشايخ هم المتاخرون لما ظهر من العرف في ذلك حتى لو قال لامرأته ان تزوجتك فحلال الله على حرام فتزوجها تطلق ولهذا لا يحلف به الا الرجال ولو قالت هي انا عليك حرام كان يمينا وان لم تنو فلو كنته نشئت وكفرت فصار كما اذا تلفظ بطلاقها غير ناو تطلق للصراحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة وعن هذا قالوا لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى قال الاستاذ ظهير الدين المرغيناني لا اقول لا يشترط النية لكن تجعل ناويا عرفا ولا فرق بين قوله انت علي حرام او حرمتك علي او لم يقل علي او انت محرمة علي او لم يقل علي او انا عليك حرام او محرم او حرمت نفسي عليك ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه فلو لم يقله لا تطلق وان نوى الطلاق بخلاف نفسها وقوله انت معي في الحرام بمنزلة قوله انت علي حرام وفي الفتاوى لو قال لامرأته انت علي حرام او حلال الله علي حرام فهذا على ثلاثة اوجه اما ان كانت له امرأة او اربع او لم يكن له امرأة ان كان له واحدة فقد ذكرنا وان كان له اربع طلقت كل واحدة تطليقة وان لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين وعلى فتوى الاوزجندي والامام مسعود الكسائي يقع واحدة وعليه البيان قال في الذخيرة والخلاصة هو الاشبه وعندي ان الاشبه ما في الفتاوى لان قوله حلال الله او حلال المسلمين يعم كل زوجة فاذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله هن طوالق لان حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لا على سبيل البدل كما في قوله احدكن طالق وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع بائنا ولو قال ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال لامرأة اخرى ان فعلت كذا فحلال الله علي حرام ففعل احدهما حتى وقع طلاق بائن ثم فعل الآخر قال الامام ظهير الدين ينبغي ان يقع كما لو قال معلقا دون الاول **فرع** تعلق بالايلاء لو قال لا اقربك ما دامت امرأتي فابانها ثم تزوجها لم يصر موليا ويقربها بلا حنث ولو قال ان قربتك فعلي ان انحر ولدي صح الايلاء خلافا لزفر بناء على انه يلزم بنذره ذبح الولد ذبح شاة عندهم ولا يلزمه شيء عند زفر ومالك يوجب فيه نحر جزور وروي عن ابي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي رح وهو الاوجه لانه نذر معصية ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الايلاء ولو قال لنسائه الاربع والله لا اقربكن يكون موليا من كلهن حتى لو مضت اربعة اشهر بين جميعا وقال زفر لا يكون موليا ما لم يطأ ثلثا منهن لان الحنث انما يقع اذا وطئ الكل فقربان الثلث يمكنه لغير حنث فلا يكون موليا منهن بل من الرابعة فكانه قال ان قربت ثلثا منكن فوالله لا اقرب الرابعة قلنا قصد الاضرار بهن كلهن فيكون موليا عليهن فاذا لم يوجد وطئ جميعهن لا يتحقق الحنث واذا وجد يضاف الحنث الى وطئ كلهن لا الى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لانه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها ولو قال لهن والله لا اقرب احدكن جعلناه موليا من واحدة وقال زفر موليا من الاربع حتى لو مضت اربعة اشهر ولم يقرب احدهن بانت

فهو

طوالق

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به

واحدة على الزوج ان يعينها وعنده بين كلهن لان قوله احدكن وواحدة منكن سواء ولو قال لاقرب واحدة منكن يصير موليا منهن جميعا فكذا اذا قلنا احدكن لا يعم لانه بمعرفة ولذا لا يصح ان يقال لكل احد انهن على درهم واما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ولذا صح لكل واحدة على درهم ولو قال لزوجته والله لا اقرب احدكما فمضت المدة بانت واحدة واليه البيان ولو بين قبل المدة لا يصح كما لو علق طلاق احداهن بمجيء الغد وتين قبل الغد واذا بين بعد المدة تعينت وتعينت المبانة ثم مضت اربعة اشهر اخرى فعند ابي يوسف لا تبين الاخرى وكذا اذا لم يبين وقالا تبين لان اليمين باقية ما لم يحنث ولما زالت مزاحمة الاولى بالبيان تعينت الاخرى للايلاء كما لو ماتت احداهما وله انه آلى من احداهما لا منها واحدة هنا ليست نكرة حتى تعم لانها مضافة وتعينت فلا تبين الاخرى وفي المحيط لو قال انتما علي حرام يكون موليا من كل واحدة منهما ويحنث بوطيها ولو قال والله لا اقربكما لا يحنث الا بوطيهما والفرق ان هتك حرمة اسم الله تعالى لا يتحقق الا بوطيهما وفي قوله انتما علي حرام صار ايلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما ولو آلى ثم ارتد ثم اسلم ثم تزوجها يكون موليا عند ابي حنيفة رح وروى ابو يوسف عنه انه يبطل ايلاؤه واذا اختلفا في الفيء مع بقاء المدة فالقول له لانه يملك الفيء وبعد مضي المدة فالقول لها لانه ادعى الفيء في حالة لا يملكه فيها والله الموفق

باب الخلع هو لغة النزع خلع ثوبه وفعله ومنه خالعت المرأة زوجها اذا افتدت منه بمال وخالعها وتخالعا صيغ منها المفاعلة لافظة لملابسة كل لاخر كالثوب قال تعالى هن لباس لكم وانتم لباس لهن وفي الشرع اخذه المال بازاء ملك النكاح والاولى قول بعضهم ازالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم اللغوي والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم ازالة ملك النكاح ببدل ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببدل فيما يليه فالصحيح ازالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع فان الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينونة لا مطلقا والاجرى فيه الخلاف في انه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف ولو قيل انه بالمفهوم الشرعي حاصد قات المفهوم اللغوي لان النزع مطلقا اعم من كون متعلقه امرا حسيا او معنويا كقيد النكاح بمقابلة شيء او لا لم يبعد ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل اصول الفقه غير منقول لاندراج حقيقته في مطلق مسمى الاصول لغة لان تخصيص الاسم بالاخص بعد كونه للاعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا وصفته انه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى احكام اليمين من جانبه واحكام المعاوضة من جانبها عند ابي حنيفة وعندهما هو يمين من الجانبين وستاتي ثمرة الخلاف **قوله** اذا تشاق الزوجان اي تخاصما وخافا اي علما كقوله ولا تدفنني في الفلاة فاني اخاف اذا مامت ان لا اذوقها اي اعلم وحدود الله تعالى ما حدوه من الواجب التي امران لا تجاوز وهذا الشرط خرج مخرج الغالب اذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لانه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتها كذا قيل وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدوري الاباحة فانه قال فلا باس ان تفتدي نفسها منه بمال واباحة الاخذ منها مشروط بمشاقتها فهو معتبر شرطا في ذلك **قوله** فاذا فعلا ذلك وقع الخلع تطليقة بائنة ولزمها المال هذا حكم الخلع عند جماهير الائمة من السلف والخلف وذهب المزني الى ان الخلع غير مشروع اصلا وقيدت الظاهرية صحته باذا كرهته وخاف ان لا يوفيها حقها وان لا توفيه ومنعته اذا اكرها هو وقال قوم لا يجوز الا ان ياذن السلطان روي عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن وقالت المنابلة لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق وقال آخرون يقع و

لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة

ويكون رجعيا فان راجعها رد البدل الذي اخذه رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب قال فكان الزهري يقول ذلك
وجه قول المزني ان قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به نسخ حكمها بقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن
قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا اجيب بانه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم امكان الجمع والاول منتف وكذا الثاني لان هذا النهي
متعلق بما اذا اراد الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقا نعم لو ادعى النسخ تقدم حكمها
على المطلقة في تلك الصورة اعني صورة ارادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنا وحاصله انه يجب تقديم هذا الخاص
على العام وهو وجه مذهب الظاهرية فان قيل الجواب مبني على الخلاف في تقديم الخاص مطلقا فالجواب لا يصح لان هذا الموضع
مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا لانا اذا قلنا يتعارضان كان الحكم الثابت بوجوب الترجيح ان امكن والترجيح ثبت للحرم على المبيح
لان فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب ان يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص وكل موضع
قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الافراد كما
في لا صلاة بعد الفجر والعصر مع قوله صلى الله عليه وسلم لا تمنع احدا طاف بهذا البيت وصلى اية ساعة شاء من ليل او نهار او ايجابا كقوله
صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء العشر مع قوله ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة والاظهر كونه عاما لا يقتضي التقدم بعين مفهومه
بل لما يشتمل عليه من الاحتياط بل لوجوب القول بموجبهما وهو عدم حل الاخذ اذا كان النشوز من قبله وهو ما ذكره المصنف بقوله كره له ان
يأخذ يعني كراهة التحريم المنتهية سببا للعقاب وان قال الامام المحبوبي في جوابهم تأويل الآية في الحل والحرمة لا في منع وجوب المال وتملكه لان
الحرمة لا تثبت مع معارضة موجبها فان الزوجة تبقى القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض لكنه اراد ما ذكرنا وسيأتي ما هو الحق فيه ان شاء الله تعالى
وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روي عن طاوس عن ابن عباس الخلع فرقة وليست بطلاق رواه الدارقطني عنه
وروى عبد الرزاق عنه لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له ان ينكحها ذكر الله الطلاق في اول الآية وفي آخرها والخلع بينهما
قالوا وروى نافع مولى ابن عمر رضي الله عنه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء اخبرها ابن عمر رضي الله عنه انها اختلعت من زوجها على عهد عثمان بن عفان فجاء عمها
الى عثمان رضي الله عنه فقال ان ربيعا اختلعت من زوجها اليوم افتنقل فقال عثمان لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها الا انها لا تنكح حتى تحيض حيضة
خشية ان يكون بها حمل فقال ابن عمر عثمان خيرنا واعلمنا فهؤلاء اربعة من الصحابة فان بينهم عمها صحابيان قالوا بذلك ويستدل عليه
ايضا بالآية قال تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان الى ان قال فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال فان طلقها يعني
الثالثة المفاد شرعيتها بقوله او تسريح باحسان على ما اسلفناه من التقرير في فصل تخلل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق والا كان الطلاق
اربعا والثاني منتف ايضا فان النكاح عقد يقبل الفسخ وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك في الافتداء وقلنا
اما هذا الاخير فحاصله انه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع في الواقع احد المجازين بعينه وهو انه فسخ او طلاق فلا يفيد واما الآية فالنظر
الى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل ان الافتداء فرقة ليس غير فان حاصل الثابت به كونه تعالى بعدما افاد شرعية الثلث او بين ذلك نص
على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح واخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق او طلاقا هو الثالثة او لا فتبين اخذها من خارج

ن: الواجب

وزعما قبل قوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن

البتة وهذا اوجه من قولهم بين الثالثة تبوض وبغير ولانه لا يحتاج الجواب اليه كما سمعته ولانه يقتضي ان لا يشرع الجمع الا بعد ثنتين بل انما نص على تحريم الثلث وبين حكمها آخر لا ذوجوز الاقتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك واما ذكره وعن عثمان فتقدير ثبوته ليس فيه سوى انه قال لا عدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة واصل هذا ما روى من حديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان تعتد بحيضة فسمى الحيضة عدة رواه ابو داود والترمذي والحاكم وصححه ثم رايناه صلى الله عليه وسلم حكم في خلع امرأة ثابت بن قيس بانها طالقة على ما في البخاري انه قال اقبل الحديقة وطلقها تطليقة فقول عثمان لا عدة عليها يعني العدة المعهودة للمطلقات وللشارع ولاية الايجاب والاعدام فهذا يفيدك بتقدير صحة عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا على ان الذي نعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك من نافع ان ربيع بنت معوذ جاءت هي وعمها الى عبد الله بن عمر فاخبرته انها اختلعت من زوجها في زمان عثمان فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره فقال ابن عمر عدتها عدة المطلقة وقال بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب انهم كانوا يقولون عدة المختلعة ثلاثة قروء وقولهم انه قول اربعة من الصحابة ممنوع لانه ليس كل من اتصف باسم الصحابي متبع اقضية النبي صلى الله عليه وسلم واي الاحكام وعلم المتاخر والمتقدم وصار اهلا له لاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك وظاهر حال ربيع وعمها ذلك فانها استفتيا عثمان فقال ما افتى فاعتقداه وليس في المعنى الا قول صحابيين لان المتعدد قول اهل الاجتهاد وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روي عن عثمان مما يخالف ذلك فلم يبق الا قول ابن عباس وذلك ما روى مالك عن ام بكرة الاسلمية انها اختلعت من زوجها فارتفعا الى عثمان فاجاز ذلك وقال هي طالقة بائنة الا ان تكون سميت شيئا فهو على ما سميت ولا يعرف فيه الا ان جهان لم يعرفه الامام احمد فرد الحديث لذلك وهو جهان ابو العلى او ابو يعلى مولى الاسلميين ويقال مولى يعقوب القبطي يعد في اهل المدينة تابعي روى عن سعيد بن ابي وقاص وعثمان بن عفان وابي هريرة وام بكرة الاسلمية وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربذي وغيرهما وقال ابن حبان في الثقات يوجد جدة علي بن المديني فهي انه عباس بن جهان روى له ابن ماجة حديثا واحدا في الصوم عن ابي هريرة لكل شيء زكوة وزكاة الجسد الصوم والصوم نصف الصبر فلهذا صرح اصحابنا بنقل هذا عن عثمان ابن مسعود وعلى رضي الله عنهم لعارضه قول غيره بل والمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اسند ابن ابي شيبة ثنا علي بن هاشم عن ابن ابي ليلى عن طلحة بن مصرف بن ابراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود قال لا تكون طلقة بائنة الا في فدية او ايلاء وروي عن علي ايضا وتقدم ما رويناه عن عثمان وقال عبد الرزاق ثنا ابن جريج عن داود بن ابي عاصم عن سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة وهذا مرسل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لانه من كبار التابعين وكبار التابعين قل ان يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا عن صحابي وان اتفق غيره نادر فبين ثقة بكذا اتبعت مراسيله وبه يقوى ظن حجية مراسيل المصنف عنه صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة بائنة وكذا ما اخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدي واصله بعباد بن كثير الثقفي من ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة وان كان لا يصح على طريق اهل الشام لان الحكم بالضعف انما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الامر فجاز ان يقوم دليل الصحة في نفس الامر مع الضعف في الظاهر وههنا نظر على اصولنا وهو ان ابن عباس لما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعيب عليه في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم قال صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ثم ان ابن عباس

الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا لانها لا تعتبر الا لتسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذهب بالبينونة وان كان المنشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال زوج مكان زوج الى ان قال فلا تأخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كره هنا له ان يأخذ منها اكثر مما اعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل القياس

قال بانه فسخ وعمل الراضي عندنا بخلاف رواية تنزل منزلة رواية لتناسخ اللهم الا ان يثبت رجوعه كما قالوا والله اعلم به والجواب ان بتقدير ان ثابتا طاهرا انتهاء الا لامره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع بل يصير طلاقا على مال فقول ابن عباس بعد ذلك الخلع فسخ كلام في مسئلة اخرى مع فيما يأتي من تسمية الراوي له خلعا حيث قال فكان خلع في الاسلام يعني اول طلاق بمال لان الظاهر ان المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها استثنى قوله صلى الله عليه وسلم فطلق وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال وعلى كل حال فالاظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصحيح الذي لا يقاومه النقل التقديري ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا الى النظر في المعنى اتحادا قلنا فمن ذلك ما ذكره المصنف بقوله ولانه اي الخلع من الكنايات حتى لو قال خلعتك ينوي الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا لان حقيقة الخلع لا يتحقق الا به وقد قدمنا في الكنايات انها عوامل بحقائقها والنكاح قائم بالزوجية فلم يخلع ثم لم يخرج عن ذلك الا بذكر المال وذلك لا يقتضي خروجه عن حالة ذلك وايضا بذكره فرقة بعد تمام النكاح والاصل فيه كونها طلاقا لانه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما اريناك والفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة قبل تمامه لان النكاح فيه خيار اذا بلغت وعتقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن اتمامه معنى وايضا ملك النكاح ضروري لانه وارد على الحرمة فيتقدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفي بذا الملك في حق الفسخ قوله الا ان ذكر المال استدراك بما يتوهم لزومه على قوله انه كناية من افتقاره الى النية ومقتضاه انه اذا انكرها يصدق قضاء وليس كذلك قالوا لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمباراة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بان يقول بارئتك على الف او بعت نفسك او طلاقك على الف وعند عدمه يصدق في انكارها قضاء في الخلع والمباراة لا في لفظ الطلاق والبيع لانهما صريحان ذكره في الكافي فاجاب بان ذكر المال يغني عنها اذ هو قرينة ظاهرة على ارادة الطلاق اذ من المعلوم انه لا يستحقه الا بسببه واما وجه من قال لا بد من اذن الامام فلما ارده ويظهر ان قوله تعالى فان خفتم عن الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فانه تعالى شرحه مشروطا بخوف الائمة والحكام اذ هم المخاطبون بقوله تعالى فان خفتم وهذا فسح التزاع اليهم ان كان خطاب تأخذ والازواج فهو غير مستغرب في القرآن ان يكون خطابا بان يأخذ المال الاخر والمخاطبون باخذها غيرهم بالآخر والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من قبولها يفيد ان الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه ولم ينكره وكذا ابن عمر حين سمع به فاذا وجد فيه ما ذكر فيكون المراد من الآية اذن الائمة من تمكينهم من الخلع اذا خافوا عليهما عدم القيام بالواجب فيما اذا ارتفعوا اليهم لانه لا بد من الترافع اليهم وعلى اعتبار هذا المفهوم يكون عدم هذا الخوف بالقول والفتوى وتبيين انه ليس مناقضا لقوله صلى الله عليه وسلم المختلعات من المنافقات رواه الترمذي فيه وفي ابي داود عنه صلى الله عليه وسلم ايما امرأة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة الا ما لحكم بعدم النفاذ والصحة اذا وقع واما وجه من قال انه رجعي فذكر بعضهم انه لا حاصل له ولا اعتبار على الوجه الذي كون في الكتاب فيه وهو انهما بذلت المال لتسلم لها نفسها والله تعالى شرع الاقتداء لذلك والا لو كان رجعيا لم يحصل الغرض الذي شرع لاجله ولانه معاوضة والزوج قد ملك المال حكما لصحة هذه المعاوضة فلا بد من ان تملك نفسها حكما لها تحقيقا لها كما في جانبه والله سبحانه اعلم قوله وان كان النشوز من قبله يكره له ان يأخذ منها شيئا لقوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا نهى عن الاخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه وتقدم ما قيل من ان ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء اذ لا معارضة في التحريم فان اطلاق نفي الجناح في الآية المطلقة مقيد بالمشاقة فان الآية بكذا ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا ان يخافا ان لا يقيما حدود الله فان خفتم ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والنهي في الآية الاخرى مقيد بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض في حرمة الاخذ على انه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية فان الاجماع على حرمة اخذ مال المسلم بغير حق وفي امساكها لا لرغبة بل اضرارا وتضييقا

لا من ثابت بن قيس وجه الاخرى قوله عليه السلام امرأة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان المشهور منها ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك الاخذ والمشهور منه لان مقتضى ما قلنا سيان الجواز حكما والاباحة وقد قال العلامة في حق الاباحة لمعارض على اصول الباقي

تقتضي بالمنافي مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها مع ذلك وقال تعالى ولا تمسكوهن اضرارا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه فهذا دليل قطعي على حرمة اخذ المال كذلك فيكون حراما الا انه لو اخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف وآخرا اي يحكم بصحة التملك وان كان بسبب خبيث وعلله بقوله لان مقتضى ما قلنا اي قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به سيان الجواز حكما يعني الصحة والنفاذ في القضاء فانه ذكره شبها باخذ الزيادة وقد قال فيها جاز في القضاء والاباحة ترك العمل فيه حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى وان اردتم استبدال زوج الآية فبقي معمولا به في الباقي اي الجواز في القضاء لا يقال الجواز هو الاباحة ويتلازمان وجودا وعدما لانا نقول ان معنى الاباحة استوا الطرفين فلا اجر ولا وزر ومعنى الجواز من جاز اي مر وبه فهو نافذ شرعا اي الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية اعم من كونه مع الحل والحرمة كما في كل نهي عن امر شرعي لم يقم فيه دليل على انه لعينه كالبيع وقت النداء او البيع بالخمر فلا يلازم هنا كذلك فالاخذ حرام في حال عدم نشوزها وان كان برضاها ولو فعل كان اخذه سببا للتملك كما في البيع فيما قلنا حيث يملك بسبب ممنوع لا يقال ان النهي هنا عن امر حسي فيعدم وجوده شرعا لتحرجه عن انتهاضه سببا مفيدا لحكم الملك كالنهي عن الزنا لان ذلك مقتضاه اذا لم يدل الدليل على ان النهي لغيره لا لعينه وهنا دل على انه لزيادة الايحاش ولقائل ان يقول اذا ترك في حق الاباحة تعارض يلزم ان يفوت النفاذ شرعا وذلك لان دلالته على النفاذ ليس الا دلالة التزامية للاباحة لان دلالة المطابقة على الاباحة اذ هي المعنى المطابقي لنفي الجناح فيلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فاذا انتفت الاباحة انتفت بلازمها الا ان يدل دليل مستقل اذ على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية **قوله** لاطلاق ما قلنا بدا اي اولا وهو قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني بطريق دلالة لا عبارة فان عبارته رفع الجناح عند مشاقتهما ولا شك ان مشاقتهما مشاقة فاذا كان له ان ياخذ ما افتدت به مطلقا ففيه مشاقة منه فاخذه ذلك فيما لا مشاقة منه فيه اولى **قوله** ووجه الاخرى قوله امرأة ثابت الى آخره تقدم ذكر الحديث من رواية البخاري وليس فيه ذكر الزيادة وقد روي مرسلة ومسندة فروى ابو داود في مراسيله وابن ابي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء واقرب الاسانيد مسند عبد الرزاق قال انا ابن جريج عن عطاء جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال اتردين عليه حديقته التي اصدقك قالت نعم وزيادة قال اما الزيادة فلا واخرجه الدارقطني كذلك وقال وقد اسنده الوليد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس والمرسل اصح واخرجه عن ابي الزبير ان ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن ابي بن سلول وكان اصدقها حديقة فكرهته فقال النبي صلى الله عليه اتردين عليه حديقته التي اعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما الزيادة فلا ولكن حديقة قالت نعم فاخذها وخلى سبيلها حتى قال سمعوا ابو الزبير من غير واحد ثم اخرج عن عطاء ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ياخذ الرجل من المختلعة اكثر مما اعطاها وروى ابن ماجه عن ابن عباس ان جميلة بنت سلول اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت والله ما اعيب على ثابت في دين ولا خلق ولكني اكره الكفر في الاسلام لا اطيقه بغضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته فامره ان ياخذ منها حديقته ولا يزداد ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة وكذا رواه الامام احمد وسماها حبيبة بنت سهل الانصارية وزاد فيه وكان ذلك اول خلع في الاسلام فقد علمت انه لا شك في ثبوت هذه الزيادة لان المرسل حجة عندنا بانفراده وعند غيرنا اذا اعتضد بمرسل آخر مرسله من روى عن غير رجال الاول او بمسند كان حجة وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة او حبيبة او زينب وفي اسم ابيها عبد الله بن سلول او سلول او سهل والمسألة مختلفة بين الصحابة فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن عقيل ان الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته انها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فرفعهم في ذلك الى عثمان بن عفان فاجازه وامره ان ياخذ عقاص راسها فما دونه وذكر ايضا عن ابن جريج عن

لا يكون

وان طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا او تعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة قابلة للالتزام المال لكاتبها بانفسها او ملك النكاح يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا اما بينا وكانه معاوضة المال بالنفس حيث ملك الزوج احد البدلين فتملك الاخر وهو النفس تحقيقا للتسوية

موسى بن عقبة عن نافع ان عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من كل شيء لها وكل ثوب حتى نعلها وروى ابن عمر بن الخطاب رضي الله عنه رفعت اليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها ذكره حماد بن سلمة عن ايوب عن كثير بن ابي كثير عنه وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عيينة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه لا ياخذ منها فوق ما اعطاها ورواه وكيع عن ابي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن ابيه عن علي انه كره ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وقال طاوس لا يحل له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها واورد ان شرط قبول خبر الواحد ان لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به اجيب اذا حض منه شيء او عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع ان هذا الحديث ان كان معارضا بالنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تاخذوا منه شيئا فكان في الحقيقة معارضة بالكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لانه موافق لاحد النصين وفيه نظر لما قدمنا من ان النهي عن الاخذ في هذه الآية مقيد بنشوز زوجه والطلاق الاخذ منها مقيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص لان مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناوله تخصيصا لا يقال اخذ الزيادة ايضا غير متناول المطلقة لانه في نشوزها ونشوزها وحدها ليس نشوزها لانا نقول تثبت اباحة اخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق اولى كما بينا على هذا فيظهر كون رواية الجامع اوجه نعم يكون اخذ الزيادة خلاف الاولى ويكون حمل منه صلى الله عليه وسلم ثابتا من ان يزاد الحمل على ما هو الاولى وطريق القرب الى الله سبحانه والله اعلم

قوله ولو طلقها بمال الخ صورته ان يقول انت طالق على الف او بالف اما لو قال وعليك الف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي وقوله فقبلت وقع الطلاق غير متوقف على الاداء ولزمها المال فيطالبها به ان كانت حرة او اختلعت باذن سيدها حتى تبلغ فيه وان اختلعت بغير اذنه لا تطالب الا بعد العتق وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار العقل القدر القبول لا الاداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها والعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الاداء واما على ما يتم التقرير ولا بد من كون القبول في المجلس لما قدمنا وزاد في النهاية قوله ولو طلقها بتعليقه بالاداء لكانت كلمة على للشرط المحض وهي انما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله انت طالق على ان تدخل الدار يعني ان تعليقه بالاداء يخرج اي ان المعنى ان اديت فانت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على ذكر الثمن ونحوه وقد يقال ان ذلك جائز في المعاوضات المحضة اما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من انه يمين من جانبه او الجانبين فليس هذه الزيادة محتاجا اليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك واعلم ان تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرده هو فيما يتحقق فيه التحقيق اما فيما يحتمل فلا فلذا اختلف فيما اذا قال خلعت نفسك مني بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا وقيل لا مطلقا وقال الفقيه ابو جعفر ينوي الزوج ان اراد به التحقيق دون الشيوع يصح او التحقيق يصح لانه حينئذ المراد هو المختار للفتوى قوله لما بينا يعني قوله ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها قوله وهي النفس نفسه

قال وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلم على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا وقع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافترقا في الحكم لانه لما بطل العوض كان الفاعل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة واما الموجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولانه لا حاجة الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره للدم الا التزام بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه فظهر انه خمر لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا اما ملك البضع في مسألة الخروج غير متقوم على ما مر ذكره وبخلاف النكاح لان البضع في حالة الدخول متقوم والفقه انه شريف فلا يقرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما الاسقاط فنفسه شريف فلا حاجة الى ايجاب المال

فيه الآخر وهو مذكر لثانيث اسمه الآخر اعني النفس قوله وان بطل العوض في الخلع الى آخره حاصله انه اذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم حتى بطل فاما ان يكون موقعا بلفظ الخلع او الطلاق ففي الخلع يقع بائنا وفي الطلاق يقع رجعيا ان كانت مدخولا بها وهي دون الثلث وترك المصنف التنبيه بها لاشتهار الحال في الطلاق الثلث وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على احد وفيهما معا لا يجب شيء للزوج وجه الحكم الشامل ان ملك النكاح في الخلع غير متقوم ولذا لا يلزمه شيء في الطلاق اجماعا واباحة الاقتداء ليس وضعا لتقومه شرعا والا لتعينت القيمة ولو بالنوع كمهر المثل فاذا سمى غير المتقوم في غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا وجه الافتراق ان لفظ الخلع من الكنايات ابتلي لها ودلالة على قطع الوصلة لانه من خلع الخف والنعل والقميص وقدمنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فما افاد حقيقة منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا وما لا فرجعي ولفظ الخلع من الاول بخلاف لفظ اعتدي استبري رحمك انت واحدة على ما سلف فانما يقع بها الرجعي ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينونة ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيهما كقول مالك واحمد والشافعي يخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما اسلفناه فيها وقال هناك ان الواقع بائن بناء على انه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لانه مع الفارق فان الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول حتى لو سكتا عن المهر لزمت قيمته وهي مهر المثل ولم يجعله متقوما حال الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة وفي كتب المالكية لو خلعها على حلال وحرام كخمر ومال صح ولا يجب له الا المال قبل وهو قياس قول اصحابنا وهو صحيح وفي جوامع الفقه خالعها على عبد نفسه لا يلزمها شيء لانه مال لا يستحقه بحال وعرف مما قررنا ان اقتصاره على قوله لانه من الكنايات لا يستلزم البينونة قوله بخلاف ما اذا خالع على خل بعينه لانها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا فيرجع عليها فعند ابي حنيفة تزد مهرها وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسلاكما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ولو علم الزوج بكونه خمرا لا شيء عليه قوله وبخلاف ما اذا كاتب او اعتق على خمر او نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم واحترز به عما لو كاتبه على ميتة او دم فان الكتابة ح باطلة حتى لو ادى الميتة والدم لا يعتق وهنا فاسدة فلو ادى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه لان ملك المولى فيه متقوم ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي كتمته ابتداء وما رضي بزواله مجانا لانه لو رضي لبنجه احتقه ابتداء فقيمته المال غير متقوم في التقوم لا يستلزم رضاه بلا عوض والعتق لا يتوقف بعد وجوده فيتنزل ولا يمكن رفعه ولا ايجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه لانه اذا تعذر البدل في موضع لزومه يجب قيمة المبدل ولقائل ان يقول ان عنى يكون العبد متقوما عند الخروج او حالة البقاء لزم قيمته عند خروجه شرعا فممنوع وان عنى امكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير والجواب المراد امر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع باذن الشرع قوم او لا بيع او هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج قوله والفقه فيه اي في لزوم تقومه عند الدخول ودون الخروج اخامي البضع شريف

قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها لانها لم تزه بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء رقت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام مختل بدونه وان اختلعت على عبد لها آبق

فلم يشرع تمليكه الا بعوض فاما الاسقاط فنفسه شرف اي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية فلا حاجة الى ايجاب المال اذ لم يجب الا لهذا الغرض وهو حاصل هنا بدونه **قوله** وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس كليا فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا او البعض لا كالاقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها يجوز وله ما في بطونها ولا تجوز مهرا بل يجب مهر المثل والفرق ان ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المآل فكانه تعليق بالانفصال من البطن واحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق فكذا الآخر اعني المال ولا يقبل ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ولو لم يكن في بطونها شيء جاز الخلع فلا شيء له وما حدث في البطن بعد الخلع لها لانها غير حاوية اذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا اذ ظهر بجواز كونه ريحا وميتة فلا يلزمها شيء ويصح التاجيل في بدل الخلع مع جهالة مستدرك كالحصاد والدياس لا الفاحشة كالعطاء وهبوب الريح والميسرة وحيث لا يصح التاجيل يجب المال حالا وهذا لانه لما كان اسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه عن العوض بالكلية وكان ما يجري فيه التسامح فجاز المجهول والى الاجل المجهول المستدرك بالجهالة وعلى هذا الاصل يجوز اختلاعها على زراعة ارضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوة بها او خدمة اجنبي لان هذه تجوز مهرا وفي الخلاصة قالت طلقني على ان اوخر مالي عليك فطلقها فان كان للتاخير غاية معلومة صح به التاخير وان لم يكن لا يصح والطلاق رجعي على كل حال وكذا لو طلقها على ان تبرئه عن الكفالة التي كفل بها لها من فلان فالطلاق بائن انتهى كلامه لان الاول ليس فيه مال لان مطالبتها به لا يسقط بل يتاخر بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال او مطالبتها اياه به **قوله** اولى ان يصلح عوضا لغير المتقوم وهو البضع حالة الخروج بخلاف حالة الدخول فانه متقوم وعن هذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز ان يخلع ابنته الصغيرة على مالها ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت وهي في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث **قوله** لانها لم تعده بتسمية المال لان ما في يدها قد يكون متقوما او قد يكون غيره فكان بذلك راضيا ان لم يكن مالا او كان ومثل هذا قولها على ما في بيتي او ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لان الشيء يصدق على غير المال فان كان فيه شيء حال قولها فهو له كله ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب وقوله لا وجه الى ايجاب المسمى اي ما سمته المرأة وهو المال وقيمته للجهالة قيل عليه يجب ان يلزمه ما يصدق عليه اسم المال واقله درهم لما عرف في الاقرار وهو مذهب احمد والجواب الجهالة توجب الفساد ولان كون اقل ما هو مال درهما ممنوع **قوله** لانها سمت الجمع واقله

فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانه لما طلب الثلث بالف فقد طلب كل واحدة بثلث الالف وهو لا يمكن صرف الباء الى العوض لان العوض يقسم على المعوض والطلاق باق لوجوب المال وان قالت طالقا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف كان كله على منزلة البدل في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تعطي الدار كان شرطا

الشرط بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لانه ليصح وان كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب اصله لان وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب اصله هو مقتضى العقد ثم يجب كونه سليما لان مطلق الشيء يقتضي كماله لان العيب فائت من وجه فكان الموجب الاصلي هو العين فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه بخلاف اشتراط كونه معيبا لانه اثباته ثم اسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه وذلك لا يخل باثبات مقتضاه او نقول السلامة انما هي مقتضى العقد الذي لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق لا غير بخلاف اصل البدل فانه حكم كل عقد مطلقا ولو اختلعت على عبد بعينه فمات في يد الزوجة فعليها قيمته ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذي اخذته لانها غرته بتسمية العبد ولو كان حيا فاستحق لزمها قيمته لانه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسميته ذكره شمس الائمة ويجب في صورة ما اذا كان مات قبل الخلع ان كان الزوج علم بذلك ان لا يجب له شيء كما قدمناه في الخلع البين اذا ظهرت غيرا وهو يعلم وفي كافي الحاكم وان اختلعت بعبد طلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالاستحقاق وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده واخذ قيمته قوله فطلقها واحدة اي في المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء قوله فعليها ثلث الالف وبه قال الشافعي وعن مالك يقع بالف وعند محمد يقع بغير شيء والدعوى موقوفة على اثبات التلازم بين طلبها الثلاث بالف وطلب الواحدة بثلثه فاثبته بقوله ان الباء تصحب الاعواض باتفاق والعوض ينقسم على المعوض بالضرورة والا تخلى بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض لكن العوض ان لا تبرع شيء منه لكن لا نسلم هذا جعل كل طلقة بمقابلة ثلث الالف والمطلوب وهو طلب كل طلقة بثلثه لازمه لانه اذا كان العلم محيطا بالانتظام في النفس الامر يكون طلب الجملة بالعوض طلب لكل جزء منه لكن يبقى فيه انه انما هو طلب الطلقة بجملتها حال كونها مع الطلقتين الاخريين لا منفردة فايقاعه الواحدة فقط ايقاع غير المسؤول فيقع بغير شيء وهو وجه قول الامام احمد رح فلذا رتب في الكافي الدعوى على اللازم الاول وهو جعلها كل طلقة بثلثها وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بالف فباع احدهم بثلثها يجوز باعتبار انه يحصل بعض المقصود وكذا هذا بل اولى فان مقصودها الاصلي ملكها نفسها بقطع ملكه غير انها ذكرت احد صور في ذلك والهوا الثلث بقدر قلتها بحصة كل منها فابانتها بواحدة تحصيل اصل المقصود في صورة الفدى فهو اولى في جوازه بحصتها بخلاف عدم الجواز في قوله بعتك هذه الاعبد الثلاثة بالف كل واحد بثلثها فقبل في واحدة لا يجوز على قول ابي حنيفة فانه لمانع فهو تفريق الصفقة فانه ضرر على البائع لان عادة التجار ضم الجيد الى الردي في الصفقة ليروجوا الردي فالقبول في بعضها الحاق الضرر به وبخلاف ما لو قال لها انت طالق ثلثا بالف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لان الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلث الالف حيث كان الايقاع منه وفي هذه لم يرض بها الا وان يكون بازائها الف ولم يوجد منه الايجاب ما يدل على

وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق بمجرد الرجعة

الرضاع ولو قالت ثلثا بالف فطلقها ثلثا متفرقا في مجلس واحد استحق الالف استحسانا وفي الذخيرة قال طلقني ثلثا على الف ولم يبق من طلاقها الا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الالف لانها التزمت بازاء الحرمة الغليظة وفي المرغيناني لو قال انت طالق اربعا بالف فقبلت طلقت ثلاثا بالف ولو قبلت الثلاث بالالف لم يقع وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الامر باليد عن ابي يوسف رح لو قالت طلقني اربعا بالف فطلقها ثلثا فهي بالف ولو طلقها واحدة فثلث الالف قوله وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط يبين ان قوله قبله ان كلمة على للشرط مراده مجازا وفي النهاية لا يتم تعليل ابي حنيفة الا على تعليل المبسوط حيث ادعى انها للشرط حقيقة لانه على تقديره كونها مستعارا للشرط لهما ان يقولا لم صارت تلك الاستعارة اولى من استعارتها لمعنى الباء اولى لان حقيقتها الالزام بالاتفاق والمناسبة بين الالصاق واللزوم اكثر منها بين الالزام والشرط ثم نقل ما في المبسوط انها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا اذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه اذ لا يعدل الى المجاز مع امكان الحقيقة والحق ان يقال انها حقيقة للاستعلاء اذا اتصلت بالاجسام المحسوسة كقعدت على السطح والعتبة وجلست على الارض والبساط ومسحت على راسي وهو محل اطلاق العربية كونها للاستعلاء وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو بايعتك على ان لا تشركن بالله شيئا والآية اي بشرط ذلك ونحوه انت طالق على ان تدخل الدار وما وجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبعني هذا على الف واحمله على درهم والعرفية كافعل كذا على ان انصرك او اعطيك او اشفع لك عند فلان والمحل المتنازع فيه مما يصح فيه كل من الامرين لان الطلاق مما يتعلق على شرط المحض والاعتياض به ولا مرجح وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فان المال يصح جعله شرطا محضا حتى لا ينقسم اجزاؤه على اجزاء مقابله كما قالت ان طلقتني ثلثا فلك الف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا لشيء بل المجموع ينزل عند المجموع كما يصح جعله عوضا منقسما كما في بالف فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الالف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا اذ الشرط لا يتوزع اجزاؤه على اجزاء المشروط بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله فدار الامر بين لزوم ثلث الالف وعدمه فلا يلزم بالشك فلا يحتاط في اللزوم اذ الاصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها وعلى هذا التقرير يكون على لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم وكونه لا يوجب التوقف عند اطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه اذ غايته انه للزوم القرينة المعينة لاحد المفهومين وهو خصوص المادة اعني كون مدخولها جسما محسوسا او غيره وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد اما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الاطلاق فلا ولا شك ان الاشتراك واقع وليس الا لدليله على انه لو سلم دعوى ان المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازي اللزوم ليس باولى من القلب وكون ذلك قول اهل العربية لا يرجحه لان اهل اللغة بل هم اهل العربية وغيرها واحد في الكل لا ينقل عن الواضع ان

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وقوله لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليها عند ابي حنيفة ولا يكون الدين بالبدل والاعلى
كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتق لان هذا من الكلام يستعمل للمعاوضة فان قوله اعمل هذا الشيء ولك درهم بمنزلة قوله بع درهم بدرهم وكذا له حمله
فانه لا يرتبط ما قبله الا بكونه اذا كان اصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو
قال انت طالق على الف على ابي الخيار وعلى انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان الزوج وهو جائز اذا كان المرأة فان ردت الخيار في الثلث بطل الطلاق وما قبلته
الالف هذا عند ابي حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتعرف في المحتملين
الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح
رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان

والحق قول ابي حنيفة لانه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده **قوله** ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف
او لعبده انت حر وعليك الف او قالت هي او العبد طلقني واعتقني ولك الف في ابتدائه يقع الطلاق والعتق بمجرد
ذكرهما ولا شيء له قبلا او رد او في الثاني يقع اذا اجاب ولا شيء وقالا لا يقع شيء ما لم يقبلا فاذا قبلا وقع
ولزمها المال لهما ان هذا الكلام يقال لقصد المعاوضة حتى ان قوله للخياط خط ولك درهم وللحمال احمله
ولك درهم يفيدها ويلزم المسمى المعاوم بارادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لاحاطة العلم بارادته وطريق
افادة اللفظ لذلك ان تجعل الواو للحال فالحاصل انت طالق او خطه في حال وجوب الالف لي
عليك او لك علي ولا تحقق هذا الحال الا بقبوله فعنده يثبت شرط الطلاق اذا الاحوال شروط فيقع عقيبه
فيلزمه المال فان قيل انما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا قلت الحال ايضا
معاوضة وله ان قوله وعليك وقولهما ولك الف جملة تامة والاصل في الجملة التامة ان تستقل بنفسها فلا
يعتبر فيها ما اعتبر فيما قبلها من القيود وكذا لو قال ان دخل فلان الدار فانت طالق وضرتك طالق تطلق
الضرة للحال الا بقرينة تفيد مشاركتها فيها كما في قوله ان دخلت فانت طالق وعبدي حر فان العتق متعلق
ايضا بالدخول لان قوله وعبدي حر وان كان تاما الا انه في حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح خبرا له بخلاف
مسئلة الضرة لانه يكفيه ان يقول وضرتك ان كان عزمه التعليق لان خبر الاول يصلح خبرا له ولا دلالة ههنا لان
الطلاق والعتاق لم يلزم فيهما المال وضع عدم اللزوم فالكرام يابون قبول بدلها اشد الاباء بخلاف الاجارة
لانها لم تشرع الا معاوضة فلا بد فيها من المال حتى لو قال للخياط خطه مقتصر الزمه اذا خاطه اجرة المثل فوجب
بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الايقاع عطف اخرى هي دعوى مال عليها ابتداء
وفي قولها ولك الف ايجاب جملة مبتداة وعدا منها والمواعيد لا تتعلق بها اللزوم فيبقى الطلاق والعتاق فيهما
بلا بدل بخلاف قوله اولا الف وانت حر لان اول كلامه غير مفيد حكما معتبرا الا باخره اذ لا معنى لامر بادائها
من غير موجب والقرينة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعتق بادائه المال فيتوقف الوقوع عليه اما هنا اول
الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر وكذا منها لانه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره وعلم
ان جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الانشاء وهو ممتنع على ما ذكروه في الاصول فيجب ان يكون واو
الاستيناف وح ان ادعى انها حقيقة فيها تبادر اليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال الى دليل والجواب ان
احتمال الواو للحال والاستيناف حاصل وباحدهما يلزم المال وبالاخر لا فلا يلزمه بالشك على انا نمنع كون
كون جملة انت طالق انشائية وكذا انت حر وقد منا في باب ايقاع الطلاق الدلالة على انها
خبرية والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع اليه **قوله** فقبلت اي الطلاق على حكمه من التزام

وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق من قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم ولم تقبلي فقالت قبلت

المال والخيار فالخيار باطل اذا كان للزوج فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال وهو جائز اذا كان للمرأة فلا يقع لقبولها حتى تسقط الخيار او تمضي الايام فاذا كان ذلك وقع ولزمها المال فان ردت الخيار في الايام بطل الطلاق ولزوم المال وهذا التفصيل كله عند ابي حنيفة ولا يخفى ان العبارة الجيدة ان يقال فان ردت اختيار الطلاق بان قالت لا اختيار الطلاق وعبارة قاضي خان فان ردت الطلاق وقالا الخيار في الوجهين باطل والطلاق واقع بمجرد قبولها وعليها المال وجه قولهما ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لانه لم يشرع الا في عقد لازم كالبيع والكتابة لا للمنع من الانعقاد والتصرفات اعني ايجابه وقبولها لا يحتملان الفسخ من الجانبين اي لا منه ولا منها لانه في جانبه يمين اذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال وفي جانبها شرطه اي شرط اليمين هذه تاويل الخلف فاذا قبلت كان ذلك وجود الشرط وشرط اليمين اذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ولم يكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما من فيبطل من الجانبين فاذا بطل لزم ما شرط فيه ولهما ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع يعني معاوضة فاذا صح رجوعها عنه اذا ابتدات قبل ان يقبل هو ولا يتوقف على ما وراء المجلس بالاتفاق بينهما حتى لو قامت فقبل هو او قامت ثم قبلت فيما اذا كان هو المبتدي لا يصح ولو ذكرته بصيغة الشرط في الكافي للحاكم ابي الفضل اذا قالت ان طلقتني ثلثا فلك على الف فان فعله في المجلس فله الالف وان فعله بعده فلا شيء له وفي جانبه يمين كما قالا حتى لا يصح رجوعه بعد قوله انت او هي طالق على كذا او بكذا او يتوقف على ما وراء المجلس فلا يبطل الا ان ينقضي مجلس خطابها او مجلس بلوغها الخبر قبل ان يقبل ويصح تعليقه واضافته حتى لو قال اذا جاء غد فقد خالعتك على الف او فقد طلقتك على الف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال ولا يصح قبولها قبل الغد لان نفس الايجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ولا يصح القبول قبل الايجاب فلا خيار في الايمان فبطل خيارها فيصح في البيع فيصح خيارها وكونه شرط يمينه لا تبطل حقيقته في نفسه الا يرى انه لو قال ان بعتك هذا فعبدي حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يتعلق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة فحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب وبالخيار بخلاف ما لو قال ان دخلت فانت طالق على انك بالخيار لا يصح لانه خيار في الطلاق لا معاوضة فان قيل ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فالجواب اذا اثبتناه هنا بدلالة النص فان ثبوته في البيع لدفع الغبن في الاموال والغبن في النفوس اضر والحاجة الى التروي فيه اكثر فانه ربما يفوتها هذا الادراج على وجه لا يحصل مثله لها ابدا وهذا المعنى يقف عليه كل لغوي بعد علمه بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص **قوله** وجانب العبد في العتاق اي على مال كجانبها في الطلاق فيصح فيه شرط الخيار له اذا قال انت حر على الف على انك بالخيار ثلاثة ايام **فرع** من صور تعليق الخلع ان يقول ان دخلت فقد خلعتك على الف فتراضيا عليه فدخلت فصح الخلع ذكره في علامة السنين من التجنيس لان التعليق من الزوج يجوز لانه طلاق وهذا يفيد ان قبولها قبل الشرط وفي الوجيز

فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق
ان الطلاق بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط بخلاف البيع فلا يتم الا بالقبول والاقرار به اقرار بالايجاب فالانكار بالقبول رجوع

اذا قال اذا قدم فلان فقد طلقتك على الف واذا جاء غد الى اخره كان القبول اليها بعد مجيء الوقت وقدوم فلان

قوله فالقول قول الزوج اي مع يمينه وحقيقة الفرق بين الصورتين ان قوله طلقتك امس على الف اقرار
بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق اذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه والموجود بعد هذا بينه ومنها اختلاف في وجود الشرط
وهي تدعيه لتثبت الطلاق وهو منكر وهو غير مناقض اذا لم يقتض رجوعه عن شيء مما اقر به والقول للمنكر بخلاف قوله
بعتك فانه اقرار بقبول المشتري اذ البيع لا يقوم الا به فانكاره قبوله رجوع عما اقر به فلا يقبل حتى لو قال
لها بعتك طلاقك امس فلم تقبل فقالت بل قبلت كان القول لها وقوله بعد هذا اعتقتك امس على الف فلم تقبل
وبعتك امس نفسك بالف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها ولهذه المسئلة اخوات في كتب محمد رح قال لها
قد طلقتك واحدة بالف فقبلت فقالت انما سألتك ثلاثا بالف فطلقتني واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع يمينها
فان اقاما البينة فالبينة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع او قالت اختلعت
بغير شيء فالقول قولها والبينة بينة الزوج اما اذا اتفقا انها سألته ان يطلقها ثلثا بالف فقالت طلقتني
واحدة وقال هو ثلثا فالقول قوله ان كانا في ذلك المجلس الا يرى انه لو قال لها انت طالق انت طالق في
مجلس سواء لها بالثلاث بالف كان له الالف فغاية هذا ان يكون موقعا البائنة في المجلس فيكون مثله فان كان
غير ذلك المجلس لزمه الثلث وان كان في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج الا ثلث الالف وان قالت
سألتك ان تطلقني على الف فطلقتني واحدة فلا شيء لك يعني على قول ابي حنيفة رح وقال هو بل سألتني واحدة على الف فطلقتكها
فالقول قولها على قول ابي حنيفة رح وان قالت سألتك ثلثا فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره وقال
بل الثلث فيه فالقول لها وان قالت سألتك ان تطلقني انا وضرتي على الف فطلقتني وحدي وقال طلقتهما معك وقد افترقا
من المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الالف والاخرى طالق باقراره وكذا ان قالت فلم تطلقني ولا هي
في ذلك المجلس وفي مسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد **تنبيه** وهو انه اذا خالع امرأتيه على الف كانت منقسمة
عليهما على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على الف او بالف فطلق احداهما
لزم المطلقة حصتها من الالف على قدر ما تزوجها عليه فان طلق الاخرى في ذلك المجلس
ايضا لزمها ايضا حصتها لان الالف تنقسم عليهما بالسوية ولو طلقهما بعدما افترقا فلا شيء له فاذا ادعت المرأة
الخلع وانكره الزوج فاقامت بينة فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة او اختلفا في جنس الجعل فالشهادة
باطلة وان كان الزوج هو المدعي للخلع والمرأة منكرة فشهد احد شاهديه بالف والاخر بالف وخمسمائة والزوج يدعي
الفا وخمسمائة جاز شهادتهما على الف وان ادعى الفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق باقراره وكذا لا تجوز شهادتهما

قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة وقال محمد رح لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف رح معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة لمحمد رح أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر الشرط لا غير

إذا اختلف في جنس البدل أيضا الكل من مختصر الحاكم أبي الفضل الكلام محمد رح ولو اختلفا في مقدار العوض فالقول عندنا وعن الشافعي يتحالفان **قوله والمبارأة كالخلع** بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمزة خطأ في المغرب وهو أن يقول بارأتك على ألف فتقبل وقوله يسقطان كل حق إلى آخره مقيد بالمهر والنفقة الماضية إذا كانت مفروضة بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منها وإن كانا من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى إلا أن اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع وإطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئا في الخلع أو لا وليس كذلك وجملته أنهما إما أن لا يسميا شيئا بأن يقول خالعتك فقبلت ولم يذكرا شيئا أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر فإن لم يسميا شيئا ففيه ثلث روايات أحدها لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه إن لم يكن مقبوضا والأخرى يبرأ كل منهما عن دين الآخر سواء والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كان قبل الدخول أو بعده مقبوضا كان أو لا حتى لا ترجع عليه بشيء إن لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها بإن كان مقبوضا كله في الخلع قبل الدخول وهذه لأن المال المذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة أن المراد الانخلاع منه وإن سميا المهر فإن كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله وإن كان مقبوضا رجع عليها بجميعه بالشرط وإن كان قبل الدخول فإن كان مقبوضا ففي القياس يرجع عليها به وبقدر نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان الفا رجع بألف وخمسمائة وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لأنها قبضت ما لا تستحقه فيجب عليها رده كذا ذكره قاضي خان قيل وينبغي أن لا يجب إلا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع كما إذا خالعها على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر لا يجب شيء منه وشيء منه وباقي وكذا إذا سميا بعض المهر فإنه يجب عليه المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ولكن قد يقال ينبغي أن يجب كل المسمى بالشرط لأن المهر اسم لما صحت تسميته في العقد غير أنه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول رجع عليها بكله بالشرط وإن لم يكن مقبوضا ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لأنه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيتقاصان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشيء لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فحوالها ذلك ويجب له مثله عليها بالشرط فيتقاصان قصاصا وإن سميا بعض المهر بأن خالعها على عشرة مثلا والمهر ألف فإن كان بعد الدخول وكله مقبوض رجع عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها وإن كان غير مقبوض سقط عنه كله مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وإن كان قبل الدخول وكله مقبوض ففي القياس يرجع عليها بمائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين لأنه

ولابي يوسف رح ان المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيد بما هو
بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح
ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة رح ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وضع العمل وهو
مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها

عشر مهرها قبل الدخول وبريت المراة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وعلى ما بحثناه ينبغي ان يرجع بماته وان لم يكن مقبوضا
سقط كله استحسانا عشرة بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر
فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع
وان كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه وان لم يكن مقبوضا فله
المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع اذا عرفت هذا فجينا الى الخلاف فيه وجه قول محمد رح ان هذه معاوضة
واثر المعاوضة ليس الا في وجوب المسمى لا في اسقاط غيره وصار كما اذا وقع بلفظ الطلاق على مال ولذا لا يسقط
دين آخر ولا نفقة العدة وان كانت من آثار النكاح مع ان النفقة اضعف من المهر ولابي يوسف ان المبارأة
من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين وانه مطلق في كل دين الا انا قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض فان الغرض
المبارأة من متعلقاته اما الخلع فانها تقتضي فصلا وانخلاعا وحقيقة تحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر ولابي حنيفة رح ان الخلع صلح
وضع شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح فتمام تحقق مقصوده
جعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر والاعادة على موضوعه بالنقض لان لفظه ولفظ المبارأة يفيد
اطلاقهما ذلك في المبارأة كما قال ابو يوسف ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون احدهما بعينه فانه
اذا انخلع احدهما عن الآخر على وجه الكمال بان يخلع من كل وجه انخلع الآخر كذلك وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة
كل منهما الآخر بمواجب النكاح بخلاف لفظ الطلاق فانه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح على ان
على رواية الحسن عن ابي حنيفة رح ان الطلاق على مال الخلع يسقط به ما يسقط به يسقط بالخلع وبخلاف دين آخر لان شرعية
الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا وبخلاف نفقة العدة فانها ليس من مواجب النكاح بل يحدث
تعلق وجوبها بعده حتى لو شرط سقوطها في الخلع سقط باعتبار ما تستحقه وقت الخلع والباقي سقط تبعا في ضمن الخلع اما
لو لم يسقطها حتى انخلعت ثم اسقطت لا يسقط لاسقاطها قصدا لما لم يجب فانها انما تجب شيئا فشيئا بخلاف ذلك لاسقاط
الضمني واما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح اسقاطها بحال الا ان ابراءته عن مؤنة
السكنى بان كانت ساكنة في بيت نفسها او تعطي الاجرة من مالها فيصح الزامها ذلك وفي القنية الابراء وجد
بعد وجود سبب النفقة فيصح وان لم تكن واجبة عنده قيل ما سبق هو الصحيح وما ذكر في القنية يبطله الابراء بعد الخلع
فانه لا يصح لكن في الينابيع لو ابرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح قال هكذا ذكره الطحاوي انتهى بخلاف الابراء منهما حال
قيام النكاح لان الابراء من النفقة المستقبلة لا يصح هذا ولقائل ان يقول الوجه الاول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال
والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لانه يفيد انطلاقهما او انطلاقها عن الزوج يوجب مثله في حقه وتحقق
حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر عن الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه فالذي يظهر

لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم

لمن جهة الدليل ترجيح الوجه الاول والتزام رواية الحسن عن ابي حنيفة في الطلاق على مال انه ايضا يسقط المهر كالخلع والا فالحال ما علمت ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اي قال بعتك نفسك بالف فقالت اشتريت اختلف المشايخ في انه على قول ابي حنيفة كالخلع والمباراة اولا وصح في الفتاوى الصغرى انه كالخلع والمباراة وترجيح قول محمد رح بانه عقد معاوضة فلا يزداد على ما تراضيا عليه واللفظ وان كان مبني من الفصل فالفصل وجد على مقدار رضائه فكيف يسقط غيره وهو الحق عن التحقيق فانه اذا ابانها عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى لذلك ان يسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على اثباته بمال فقد وقع التراضي على اثبات سقوط تلك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة تنبيه لا يسقط المهر بخلع الاجنبي بمال نفسه لانه لا ولاية للاجنبي في اسقاط حقها كذا ذكره شمس الائمة وكذا الامة اذا اختلعت من زوجها بغير اذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر بخلاف ما اذا كان باذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع وفيما اذا كان بغير اذنه لا تطالب به الا بعد العتق وام الولد والمدبرة في الاذن يؤديان من كسبهما فرع اذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مؤنة الرضاع ان وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم والا لا يصح وفي المنتقى ان كان الولد رضيعا صح وان لم تبين المدة وترضع حولين انتهى بخلاف العظيم وفي الخلاصة امراة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة عدتها وعلى ان تمسك ولدها منه ثلث سنين او عشرا بنفقتها صح الخلع ويجب ذلك وان كانت النفقة مجهولا يعني قدر النفقة وهذا لما علمت ان الجهالة غير المتفاحشة محتملة في الخلع فان تركته على زوجها وهربت فللزوج ان ياخذ قيمة النفقة منها ولها ان تطالبه بكسوة الصبي الا ان اختلعت على كسوته ونفقته فليس لها وان كانت الكسوة مجهولة وسواء كان الولد رضيعا او فطيما ولو اختلعت على دراهم ثم استاجرها بتلك الخلع على ارضاع الرضيع جاز ولو استاجرها به على امساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز وفي المحيط ذكر ابن سماعة عن محمد رح في امراة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر وبرضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته الى سنتين جاز فان ماتت او لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ولو مات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة وكذا اذا ماتت هي عليها قيمته انتهى ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها باجرة رضاع سنتين ونفقة باقي السنين الا ان قالت عند الخلع ان مات او مت فلا شيء لي فهو على ما شرطت قال ابو يوسف ولو اختلعت على ان تمسكه الى وقت البلوغ صح في الانثى لا الغلام واذا تزوجت فللزوج ان ياخذ الولد ان تركه عندها وان اتفقا على ذلك لان هذا حق الولد وينظر الى مثل امساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها ولو اختلعت على ارضاعه ثم صالحت الزوج على شيء يصح ولو خالعته على نفقة ولده عشر او هي معسرة فطالبته بنفقتها يجبر عليها وما شرط حق عليها وعليه الاعتبار للاعلى ما افاد بعضهم من سقوط النفقة ولو خالعها بالها عليه من المهر ثم ذكر ان لم يبق عليه شيء من المهر وقع ووجب عليها رد المهر ومثله لو خالعها على عبد هالذي لها عنده او متاعها ثم ظهر ان ليس في يده شيء وقع على مهرها فان لم يكن قبضته سقط وان قبضته ردته الى او مثله وقيمته ولو خلعها بمهرها وهو يعلم ان ليس لها عليه مهر وقع في الخلع بائنا وفي الطلاق رجعيا مجانا ولو كان طلقها بمهرها فقبلت والزوج يعلم ان لا مهر لها يقع رجعيا **قوله لم يجز عليها**

بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال ولانه يجوز
لا يسقط المهر كما لو تحقق مال الخلع يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بمال الشرط
وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع ولا يسقط الا بكل الشرط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط
مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول
فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة فان قبله الاب عنها ففيه روايتان

يحتمل عدم وقوع الطلاق بسوال الاب لانه لم يضمن بدل الخلع فصار كان الزوج خاطب البنت بالخلع فيتوقف على
قبولها وان كانت صغيرة ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق فلما صرح بان الاصح وقوعه تعين ان المراد الثاني
وهذا لانه لا نظر لها فيه اذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم فاعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز
لانه في معنى التبرع بمالها **قوله** بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل
جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لانه اعطى المتقوم من ماله بمتقوم **قوله** ولهذا يعتبر خلع المريضة متصل بكون البضع
غير متقوم حالة الخروج وقد مناه في اول الباب ان الواجب للزوج ان ماتت في العدة الاقل من ميراثه ومن بدل الخلع
اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث والثلث اذا ماتت في العدة فان ماتت بعدها او كانت غير مدخول
بها فله بدل الخلع ان خرج من الثلث **قوله** ونكاح المريضة الخ متصل بانه متقوم حال الدخول **قوله** والاول صح نص عليه في المنتقى
ووجهه ما ذكر من انه تعليق لقبول الاب وقد وجد الشرط وبما ذكر من وجه الرواية الاخرى من ان الاب لما لم يضمن المال صار كان
خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وان لم يلزمها المال وما قيل ان الخلع في معنى اليمين والايمان لا تجري فيها النيابة فالملازمة
الاولى ممنوعة وكون الموجود من الاب يمينا غير صحيح بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل احد هذا ان قبل الاب فان
قبلت وهي عاقلة تعقل ان النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال وفي جوامع الفقه طلقها بمهرها وهي
صغيرة عاقلة فقبلت وقعت طلقة رجعية وان قبل ابوها او اجنبي روى هشام عن محمد رحمه الله يقع وروى الهندواني عن محمد لا يقع وهو
بلغت فاجازت جاز **قوله** على انه اي الاب ضامن المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب
المال عليها فالخلع واقع سواء خلعها الاب على مهرها وضمنه او الالف مثلا يجب الالف عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى
الاب وانه يملك التصرف في نفسها ومالها بالاقراض والايداع والاجارة والايضاع اولى بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه
على الاجنبي لانه يحصل به للعبد ما لم يكن حاصلا وهو اثبات الاهلية وهو القوة عن ذلك الاسقاط بخلاف اسقاط
الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلا قبل فصار الاجنبي والاب مثلها في انه لم يحصل له شيء بخلاف العبد فانه حصل
ما ذكرنا له والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كثمن المبيع الا ان البيع يفسد بشروط الفاسدة والخلع
لا يفسد بها ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل في ولاية الاب فاذا بلغت تاخذ نصف الصداق ان كان قبل الدخول
وكله ان كان بعده من الزوج ويرجع هو على الاب الضامن او ترجع على الاب ولا يرجع هو على الزوج ولو كان
المهر عينا اخذته من الزوج كله ان كان بعد الدخول ونصفه ان كان قبله ويرجع الزوج على الاب الضامن بقيمته **قوله**
وان شرط اي لو شرط الزوج الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول بان تكون مميزة وهي
ان تعرف ان النكاح جالب والخلع سالب فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وهو قبولها ولا يجب المال
لانها ليست من اهل الغرامة والبينونة بالخلع لتعذر القبول دون لزوم المال الا يرى الى بينونة بدونه فيما اذا كانت

وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب ضمنا في الروايتين وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو تشطير طلاقه خمسمائة شكا

ثم اذا نحوه وان قبله الاب بدونها ففي وقوع الطلاق روايتان في رواية يصح لانه نفع محض اذ تخلص من عهدته بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة وفي اخرى لا يصح لان قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح **قوله** وكذا ان خالعها اي خالع الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الاب توقف على قبولها ان كانت على ما قلنا انفا فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط وقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر وان قبله الاب فعلى الروايتين بالم يضمنه فان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وعرف من هذا ان الصغيرة العاقلة اذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال هذا ثم قيل تاويل المسئلة ان يخالعها على مال مثل مهرها اما على مهرها فلا يجوز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه والاصح ان الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم ينظر ان كان مهرها الفا والخلع قبل الدخول وهي المراد بمسئلة الكتاب لزمه خمسمائة وفي القياس يلزمه الالف واصله ان الكبيرة اذا اختلعت على مهرها وهو الف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لانه وجب لها عليها الف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقي عليها خمسمائة له وفي الاستحسان لا يجب عليها قبل القبض شيء لان المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه تجب خمسمائة له بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع هذا على خلاف ما ذكره قاضي خان وقد قدمنا الاقسام كلها واذا عرفت هذا علمت ان الصواب ان يقول اذا خلعها على مهرها وهي الف لا كما قال على الف ومهرها الف فانه اذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير انه اتفق انه مثل المهر والا اثر لذلك والحكم فيه ان كان قبل الدخول وجوب المسمى له وسقوط المهر عنه ان لم يكن مقبوضا وسلامته لها ان كان مقبوضا لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم واذ قد وقع الكلام في خلع الاجنبي فلا بد من ذكر نبذة منه واعلم ان الاجنبي اذا خاطب الزوج فاما ان يضيف البدل الى نفسه على وجه يفيد ضمانه او ملكه اياه او يرسله ويضيفه الى غيره فان اضافه الى نفسه كذلك بان قال اخلعها على عبدي هذا او الفي هذا او على الف او على اني ضامن فضل فالخلع واقع والمسمى عليه فان استحق لزمه قيمته ولا يتوقف على قبولها لانه انما يتوقف على من يجب عليه البدل لا من يقع عليه الطلاق ولا الى قبوله بل يكفي ذلك الامر منه لان الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح بخلاف ما لو قال اختلعت نفسك مني فقالت قبلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج والمختار انه يصح ان اراد به التحقيق دون السوم فان قلت ما الفرق بين تسمية الاجنبي وسيد الامة المنكوحة لعبد او حر فانه اذا خلعها من الزوج على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الامة حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد فالجواب ان قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها الا ان السيد التزم خصوص الاول فاذا فات عاد اليها وهو ظاهر في حق السيد فيبلغ فيه الا ان يفيد بها واذا بيعت ان كان عليها دين بدئ به لان دين الخلع اضعف اما لو خلعها على رقبتها وهي تحت عبد صح فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لالتزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ولان القبول انما يشترط لوجوب البدل لا لوقوع

ان

الف على او

في القياس يلزمها الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت

الطلاق وان ارسله بان قال على الف او على هذا العبد توقف على قبول المرأة لان البدل لم يضف الى احد
فان قبلت لزمها تسليمه او قيمته ان عجزت وان اضافه الى غيره بان قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لان البدل
اضيف اليه وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتي على عبدك لان العبد اضيف اليه ولو كان الزوج قال لها
فالتك على عبد فلان او قالت هي اخلعني على دار فلان توقف على قبولها لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة
في العقد ولو قالت اخلعني على الف على ان فلانا ضامن فاجاب فالخلع معها لانها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله
ولو وكلت من يخلعها بالف فخلع فالمال عليها دون الوكيل لان حقوق العقد في الخلع ترجع الى من عقد لا الى
الوكيل ولو ضمنه الوكيل لزمه واذا ادى رجع عليها لانه يملك الخلع من مال نفسه فتفيد امره بالرجوع عليها
بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن فادى لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بامره لان فائدة الامر جواز النكاح لانه لا يملك
النكاح بغير امره والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا **فرع** يتعلق بالباب المختلعة يلحقها صريح الطلاق
عندنا وقد تقدم فيما سلف وبه قالت الظاهرية وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وابي الدرداء وسعيد
بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحماد ومكحول وعطاء والثوري وعند مالك والشافعي
واحمد لا يلحقها ولا يتبعها ولها الطلاق في قوله نسائي طوالق عندهم ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي
مثل اعتدي استبرئي رحمك انت واحدة ينوي الطلاق يقع عليها طلقة بائنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وابي يوسف رح خلافا لمحمد رح لهم ما روي انه عليه الصلوة والسلام قال المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وان كانت
في العدة ويروى عن ابن عباس رض ولنا ما رواه ابو يوسف رح باسناده في الامالي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال
المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وحديثهم لا اصل له ذكره سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف امرأة
قالت خلعت نفسي منك بالف ثلث مرات فقال الزوج رضيت او اجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف خلع امة على رقبتها
وزوجها عبد او مدبر او مكاتب صح لانها تصير ملكا للمولى ولو كان حرا لا يصح لانه لو صح ملكها فيبطل النكاح
ومتى يبطل بطل الخلع لكنه يقع طلاق بائن لانه ابطل البدل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر استان
دخل بها فخلعها سيدها على رقبته الصغرى فالخلع واقع على الكبرى ويبطل الخلع في التي خلع على رقبتها
وهي الصغرى لانه امكن تصحيح الخلع في الكبرى لان الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا في الصغرى
لان الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبتها فينقسم الصغرى على مهرها لانه خلعها بدلا عن طلاقها
فما اصاب مهر الكبرى فهو للزوج وما اصاب الصغرى بقي للمولى ولو خلع كل منهما على رقبة الاخرى
طلقتا مجانا لان ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شيء من
البدل امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت احدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال

قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان

لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البدل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين ويرثان بالقرابة فلو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفين **قاعدة في الطلاق** على مال الاصل انه متى ذكر طلاقين وذكر عقيبهما مالا يكون مقابلا بهما اذ ليس احدهما بصرف البدل اليه اولى من الآخر الا اذا وصف الاول بما ينافي وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه بالمنافي كالتنصيص على ان المال بمقابلة الثاني وان شرط وجوب المال على المرأة حصلت البينونة لانها انما تلزمه لتملك نفسها فلو قال لها انت طالق الساعة واحدة وغدا اخرى بالف او قال على انك طالق غدا اخرى بالف او قال اليوم واحدة وغدا اخرى رجعية بالف فقبلت تقع واحدة بخمسمائة في الحال وغدا اخرى بغير شيء الا ان يعود ملكه قبله لانه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة الى الغد وذكر عقيبهما مالا فانصرف اليهما الا يرى انه لو ذكر مكان البدل استثناء ينصرف اليهما فيقع اليوم واحدة بخمسمائة فاذا جاء غد يقع اخرى لوجود الوقت المضاف اليه ولا يجب شيء لان شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البينونة ولم يحصل لحصولها بالاولى حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع اخرى بخمسمائة لوجود شرط وجوب المال ولو قال انت طالق الساعة واحدة رجعية او بائنة او بغير شيء على انك طالق غدا اخرى بالف تقع في الحال واحدة مجانا وغدا اخرى بالف لتعذر التصرف اليهما لانه وصف الاولى بما ينافي وجوب المال الا ان في قوله بائنة يشترط التزوج لوجوب المال بالثاني ولو قال انت طالق ثلثا للسنة بالف فقبلت يقع في الطهر الاول واحدة بثلث الالف وفي الطهر الثاني اخرى مجانا لانها بانت بالاولى ولا يجب بالثانية المال الا اذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع اخرى بثلث الالف وفي الطهر الثالث كذلك والله سبحانه وتعالى اعلم **فروع**

لو خالعها ولم يذكر العوض ذكر شمس الائمة انه يبرأ كل عن صاحبه قال خواهر زاده هذا احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو الصحيح فانه لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ما ساق اليها من المهر لان المال مذكور عرفا بذكر الخلع وفي رواية عن ابي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ احدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة وسكنى في قولهم جميعا الا اذا شرطا في الخلع فقيه في الخلاصة وكذا ذكره السغدي اعني رد المهر وذكر في الوجيز فيما اذا قال اختلعي ولم يذكر البدل فقالت اختلعت عن خواهر زاده انه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كانه قال طلقي نفسك طلاقا بائنا فقالت طلقت ثم استشكله على ما حكي عنه من رد ما ساق اليها من الصداق اذا كان مقبوضا اذ لم يحصل كانه قال طلقتك بائنا لكن هذا مذكور في غير موضع ذكره في التجنيس اذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق وفرق بينه وبين ما اذا قال اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بان اختلعي امر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بامر الزوج بخلاف اشتري نفسك لانه امر بالخلع الذي هو معاوضة اذا لم يكن البدل مقدارا فان قدره بان قال بمهر

لا شيء عليها لانه يراد به غاية حاصل ما يلزم لها

ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار يريد بالرواية الاخرى ما ذكر في غير موضع انه اذا قال اشتري نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعت وكذا الروايتان فيما اذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت في رواية كتاب الطلاق لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت وفي رواية كتاب الوكالة تصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الاصح واما الجواب عن الاشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما اذا لم ينو به كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما اذا نوى به كونه بلا مال وهذا لان مطلق الخلع ينصرف الى الفرقة بعوض فيحمل عليه الا بموجب فاذا لم يسميا مالا انصرف الى المهر الا ان ينوي خلافه يدل على هذا ما في المنتقى قال ابو يوسف اذا قال لها اختلعي نفسك فقالت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا الا على مال الا ان ينوي بغير المال ولا فرق بين خلعتك وخالعتك فاذا قال فانت ينوي به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم الا اذا تصادقا على عدم النية وما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنفي المال كما اذا قال اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لانه صرح بنفي المال نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن وعلى ما ذكرنا من ان حقيقة ما فيه المال لو قال لاجنبي اخلع امرأتي لم يملك خلعها بلا عوض ولم يحمل كقوله طلقها بائنا ولو قال اختلعي على مال ولم يقدره وقالت اختلعت على الف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك او نحو جرت فرق بين هذا وبين ما اذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بالف والباقي بحاله بحيث يتم والفرق ان التفويض في المسئلة الاولى لم يصح لان البدل مجهول فلو صح صار الواحد مستزيدا مستنقصا وهذا متفقود وفي الثانية فلو لم يصح لمضادة الحقوق وحقوق الخلع لا ترجع الى الوكيل اذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه او لقنها ابرأتك من نفقة العدة قيل يصح والاصح لا يصح لان التفويض كالتوكيل لا يتم الا بعلم الوكيل والابراء عن نفقة العدة والمهر وان كان اسقاطا لكنه اسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم وهذه صورة كثيرا ما يقع قال ابرئيني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت ابرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لانه بعوض واذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة ما دامت في العدة لانها لم يكن لها حق حال الخلع فقد ظهر ان تسميته كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف الى القائم لها اذ داك وبعض النسافية لا يصح هذه للجهالة وهذا عندنا عموم لا اجمال ولو تزوجها على الف ثم طلقها بائنا ثم تزوجها ثانيا على الف اخرى ثم اختلعت منه على مهرها لا يبرأ الزوج الا من الثاني دون المهر الاول ولو جاء رجل الى آخر فذكر انه وكل امرأته في خلعها فخلعها على الف فانكرت التوكيل فان كان ضمن المال الزوج وقع الطلاق وعليه البدل وان لم يكن ضمن فان صدقها الزوج على انها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال وان لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لانه ظهر ان الخلع موقوف على قبولها فان كان الزوج باع منه تطليقة بالف فقال الصفار يقع الطلاق ضمن له المهر او لا لان لفظة الشراء لفظة الضمان وقال ابو بكر الاسكاف هذا والخلع سواء وعليه الفتوى ولو ادعى الرسالة من امرأة الرجل اليه في ان يطلقها او يمسكها فقال الزوج لا امسكها بل اطلقها فقال الرسول ابرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فانكرت المرأة امره بالابراء والرسول يدعيه فان ادعى الزوج رسالتها او وكالتها اياه كذلك وقع وهي على حقها وان لم يدع فان كان الرسول

باب الظهار

قال ابراءك من حقها عليك على ان تطلقها فالطلاق غير واقع لان وقوع الطلاق بالمهر موقوف على اجازتها وان لم يقل على ان تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها وهذه في امر الحكمين لما كان بسبب الخلع المشاقة وجب ذكر امر الحكمين فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى قال الله عز وجل وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما فضمير يريدا للحكمين وضمير بينهما للزوجين وقيل للحكمين ايضا وقيل الضميران للزوجين والاولى ان يكون الحكمان من اهليهما كما ذكره الله سبحانه وتعالى وانما كان اولى لانهما اخبر بباطن امرهما واشفق عليهما وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك يشترط كونهما من اهليهما الا ان لا يوجد من اهليهما من يصلح لذلك وقلنا المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ثم قول الحكمين نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا وبه قال الشافعي في الاصح واحمد وهو قول عطاء وقتادة والحسن وابي ثور وقال مالك قولهما في ذلك نافذ من غير توكيله وهو قول الاوزاعي واسحاق وروي عن عثمان وعلي قلنا ليس للحاكم ان يطلق ولا يبرأ من مالها فكيف يفعل ذلك نائبه وفي احكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير يعظهما الزوج فان انتهت والا هجرها فان انتهت والا ضربها فان انتهت والا رفع امرها الى السلطان فيبعث حكما من اهله وحكما من اهلها وايهما كان اظلم رده الى السلطان فاخذ فوق يده كالعنين والمجبوب والحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما ولو ادعت هي ظلمه وتقصيره في حقوقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق وليس لهما ان يجمعا ولا ان يفرقا بغير امرهما وما زعم اسمعيل المالكي من ان ابا حنيفة واصحابه لم يعتبروا امر الحكمين اخبار بالنفي لعدم العلم والاولى بالانسان حفظ اللسان وما قال الوكيل لا يسمى حكما ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمية بقبول قولهما عليهما والحكمان يمضيان امر الزوجين فاذا قصدا الحق وفقهما الله تعالى للصواب اذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما وكلاهما ورد عن السلف ان فعل الحكمين جائز عليهما فهو محمول على رضاهما اذا لم يقضوا على انه جائز بغير رضى الزوجين وهذا لانه غير جائز لهما ان يطلقا امرأة الغير بغير اذنه ولا ان يدفعا مالا بغير اذن صاحبه بخلاف قضاء دينه اذا امتنع منه لان ذلك ايصال الحق الى مستحقه ولا حق للزوج في مالها قال تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان يكون تجارة عن تراض منكم وقال عز من قائل امرؤ مسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه الحكمان انما بعثا للاصلاح وليعلما ظلم الظالم منهما فينكرا عليه ظلمه فاذا لم يقبل اعلما الحاكم ليدفع ظلمه فالحكمان شاهدان في حال ويصلحان في حال اذا فوض اليهما

وقول من قال يفرقان ويجمعان من غير توكيل غير مقبول عندنا وليس ما روي عن علي رضي الله عنه شاهدا في ذلك

باب الظهار مناسبته بالخلع ان كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا وقدم الخلع لانه اكمل في باب التحريم اذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا مع بقائه والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح ان يراد به معان مختلفة ترجع الى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الاعراض فيقال ظاهرت اذا قلت ظهري كظهره حقيقة واذا غايظته ايضا واذا لم تبايره حقيقة باعتبار ان المغايظة تقتضي هذه المقابلة وظاهرته اذا نصرته باعتبار انه يقال قوي ظهره اذا نصره فظاهر من امرأته وانظر وتظاهر الظاهر منها وتظاهر اذا قال لها انت علي كظهر امي فظاهر بين ثوبين اذا لبس احدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي كل منهما الآخر ظهرا للثوب وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا ايضا وانما عدي بمن مع انه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التبعيد لانه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل الظهر هنا مجاز عن البطن لانه انما يركب البطن فكظهر امي اي كبطنها بعلاقة المجاورة ولانه عمود لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة مثل النكاح وقيل خص الظهر لان اتيان المرأة من ظهرها

واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطئها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار الكل طلاق في الجاهلية فقرر الشرع اسمه وقلب حكمه الى التحريم موقت بالكفارة

كان حراما فاتيان امه من ظهرها احرم فكثر التغليظ فيه في الشرع هو تشبيه الزوجة او جزء منها شائع او معبر عن الكل بما لا يحل النظر اليه عن الحرمة على التابيد ولو برضاع او صهرية وزاد في النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال انت علي مثل فلانة فلا ظهار من زني بها او منها لم يكن مظاهرا وسنذكر ما هو التحقيق ان شاء الله تعالى ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر او غيره مما لا يحل النظر اليه وانما خص باسم الظهار تغليبا للظهر لانه كان الاصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة وفي الرجل كونه من اهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون وركنه اللفظ المشتمل على ذلك التشبيه وحكمه حرمة الوطي ودواعيه الى وجود الكفارة به واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع تجب بالظهار والعود لان الظهار كبيرة فلا يصلح سببا للكفارة لانها عبادة او المناسب فيها معنى العبادة ولا يكون المحظور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذي هو امساك معروف فيكون دائرا بين الحظر والاباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة وقيل وسبب وجوبها العود وقيل شرط ولفظ الآية يحتملهما وقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة الخ يمكن كون ترتيبها عليهما او على الاخير لكن اذا امكن البساطة صير اليها لانها الاصل بالنسبة الى التركيب فلذا قال في المحيط السبب وجوبها العزم على الوطي والظهار شرط وهو بناء على ان المراد من لفظ العود في الآية العزم على الوطي واعترض بان الحكم يتكرر بتكرر السبب لا الشرط والكفارة تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وكثير من مشائخنا على انه العزم على اباحة الوطي بناء على ارادة المضاف في الآية اي يعودون لضد ما قالوا او لمدار كه نزل المقول منزلة القول ويرد عليه ما يرد على ما قبله وهذا بناء على عدم صحة ارادة ظاهرها وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود والمحدثين الذين يرونها فان ظاهرها عدم تعلقها بتكرره ويزان بمجرد العزم لا تتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه في المبسوط حتى لو ابانها او ماتت بعد العزم لا كفارة قال فهذا دليل على انها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود اذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم فاذا اراد رفعه وجب عليه في رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن اراد الصلوة النافلة يجب عليك ان صليتها ان تقدم الوضوء وعند الشافعي رح وهو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها ورد بان شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجناية والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الامساك عن طلاقها جناية ولينا كيف يكون الامساك عن طلاقها جناية اذ قد يكون لتستبقي في امر الكفارة وتحصيلها او للتروي في طلاقها او التكفير فلا يكون مجرده بعد الظهار جناية فلا ينتهض سببا للكفارة واعلم ان هذه الحرمة لا ترفع الا بالكفارة لا تملك ولا تزوج ثان حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت اليه بعد زوج آخر ولو كانت امة فملكها بعد ما ظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيها وللمرأة ان تطالبه بالوطي وعليها ان تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر وعلى القاضي ان يجبر على التكفير دفعا للضرر عنها بحبس فان ابى ضربه ولا يضرب في الدين ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب والفاظه صريح وكناية وسياقي وسبب نزول شرعية قصة خولة او خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي اوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم اشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه فيقول اتقي الله فانه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الى الفرض فقال يعتق رقبة فقلت لا يجد فقال يصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام قال فيطعم ستين مسكينا قالت ما عنده شيء يتصدق به قال فاتي ساعتيه بعرق من تمر قلت يا رسول الله واني ساعتيه بعرق آخر قال قد احسنت قال فاذهبي واطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك قال والعرق ستون

وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء الواحد
حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي
الى الحرج ولا كذلك الظهار في الاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر

مما عاد رواه ابو داود وقيل هو مكيل يسع ثلاثين صاعا قال ابو داود وهذا اصح وفي الحديث الفاظ اخر رواه ابن ماجة وغيره
قوله اذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه وعن محمد للمظاهر ان يقبلها اذا قدم من سفر للشفقة وكذا
اذا قال انت مني كظهر امي او انت عندي او معي وكذا اذا قال انا منك مظاهر وقد ظاهرت منك ومتى الحق ولفظ المشية لا يثبت
ولو قال انت علي كظهر امي ان شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ولو قال ان شاء فلان فالمشية اليه **قوله** وهذا اي ثبوت التحريم بالظهار
ثم ارتفاعه بالكفارة لانه اي الظهار جناية كبيرة محضة لكونه منكرا من القول وزورا بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجناية بالحرمة
وارتفاع هذه الحرمة بالكفارة **قوله** ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه تقييد هذه العبارة ان هذا هو الاصل او طريق
الحرم محرم وعلى هذا استمر في الاستبراء والاحرام والاعتكاف ونثبت من الشرع خلافه في الصوم والحيض وكان صلى الله عليه وسلم
يقبل احدى نسائه وهو صائم وفي حديث عائشة رضي الله عنها كان يامرني بان اتزر فيباشرني وانا حائض فوجب البحث عن حكمة الفرق
شرعا بين هذه الامور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضي الفرق تحريم الدواعي فيه كما قلنا نحن ومالك وهو قول الزهري
والاوزاعي والنخعي وقول الشافعي ورواية عن احمد لان حرمة الوطء ثبتت بقوله تعالى من قبل ان يتماسا وهو كناية عن الجماع فلا يتناول
غيره او تعليلها كما قال الشافعي واحمد في قولها الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو حرمت الدواعي في الصوم والحيض
لكثرة وقوعها ووقوع ضدها من الفطر والطهر فمن كثرة وقوعها يلزم الحرج بمنع الدواعي وعن كثرة وقوع الضدين الظاهر في
كثرة وجود الجماع ينتفي لزوم شرع الزواجر المبالغ فيه فلا يحرم الدواعي بخلاف الظهار والاستبراء والاحرام لا كثرة بالنسبة الى كل شخص
شخص فاستمر على الاصل وتقدم له في الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم في حرمة الدواعي فيه لا في الصوم بان الجماع محظور الاعتكاف
والاحرام بخلاف الصوم لان الكف عنه ركنه فلا يتعدى الى دواعيه وفرقه بما حاصله ان الفرق للفرق بين التحريم الثابت في ضمن
الامر والتحريم الثابت بالنهي لما كان الثاني اقوى بسبب ان النهي تناوله مقصودا فيتعدى الى الدواعي بخلاف الثابت في ضمن الامر
فانه لم يتعلق به نهي اصلا بل طلب شيء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتاديته الى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد الى دواعيه
فافترق الحال بين الاستبراء والاحرام والاعتكاف وبين الحيض والصوم لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهي قال تعالى ولا تباشروهن وانتم عاكفون في المساجد
ولا رفث ولا فسوق نفي مستعار للنهي لتاكيده وقال صلى الله عليه وسلم الا لا تنكح الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة وقال تعالى
في الاخريين فاعتزلوا النساء في المحيض ثم اتموا الصيام ولما كان هذا يقتضي عدم حرمة الدواعي لان المذكور في الآية الامر بالكفارة قبل
التماس وهو قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فانه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المامور به وهو الكفارة قبل التماس
مع انه يقتضي حرمة الدواعي في الحيض لان اعتزلوا هو نفس معنى النهي حتى انهم لم يمثلوا للنهي عن البيع وقت النداء الا بقوله تعالى وذروا
البيع ولم يسموه الا منهيا عنه وهو صحيح لان النهي لنفس طلب الترك عدل الى ما ذكر والتحقيق ان الدواعي منصوص على منعها في الظهار
والمذكور في وجه الفرق انما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكر اما وجه كونها منصوصا على منعها فان قوله تعالى من قبل ان يتماسا الاسنوب
فيه للحمل على المجاز لامكان الحقيقة ويحرم الجماع لانه من افراد التماس فكل من القبلة واللمس والجماع افراد التماس فيحرم لدخوله تحت النص

لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لبينه عليه السلام
قال وهذا اللفظ لا يكون الاظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي
او كفخذها او كفرجها او كظهرها لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا ان شبهها بامرأة لا يحل
النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او ابنته او امه من الرضاعة لان هذا في التحريم المؤبد كالام وكذلك اذا قال رأسك

ظهر فساد قول المخالف والله تعالى سبحانه اعلم قوله لقوله عم روى اصحاب السنن الاربعة عن ابن عباس ان رجلا ظاهر من امرأته فوقع
عليها قبل ان يكفر فقال عم ما حملك على هذا قال رأيت خلخالها في ضوء القمر وفي لفظ بياض ساقها قال فاعتزلها حتى تكفر وفي لفظ ابن ماجة
فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وامره ان لا يقربها حتى يكفر قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب ونفي كون هذا الحديث صحيحا رده المزي
في مختصره بانه صح الترمذي رجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض وروى الترمذي عن ابن اسحق الى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضي عن النبي
صلى الله عليه وسلم في المظاهر يواقع قبل ان يكفر قال كفارة واحدة وقال حديث حسن غريب واما ذكر الاستغفار في الحديث والله اعلم به وهو ظاهر
من الموطأ من قول مالك ولفظه قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسها قبل ان يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ثم قال وذلك احسن ما سمعت
قوله لو كان شيء آخر واجبا لبينه عليه لانه مقام البيان وتاخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز فعلم ان المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب
كفارتان كما نقل عن عمر بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبير والزهري وقتادة ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصري والنخعي **قوله** وهذا اللفظ
اي قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا وان نوى به الطلاق او الايلاء او قال لم انو شيئا لانه صريح فيه وانما اليه اتباع المشروع لا تغييره
وهذا يعم ما قلنا وما في الكتاب يخص قصد الطلاق ولو قال اردت به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
كذا في التحفة ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صحة ارادته به احتياج الى الجواب وهو كلفظة انت طالق جعل شرعا
لوقوع الطلاق على المخاطبة ويصح ان يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة **قوله** ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة اللام فيهما
للعهد اي المحللة بعقد النكاح بالمحرمة على التابيد لانها المعهودتان فيما سبق من ذكرها **قوله** وهذا المعنى يعني تشبيه المحلل بالمحرمة يتحقق
في التشبيه بعضو لا يحل النظر اليه على التابيد لما كان الظهار كلاما تشبيهيا مشتملا على المشبه والمشبه به وجب اعتبار ضابطهما ففي
المشبه ان تذكر شيئا وجزء شائع منها او جزء معين يعبر به عن جملتها كالراس والرقبة والفرج والوجه وتقدم بيان التعبير بهذه
عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الاول وفي المشبه بها ان تذكر هي او عضو منها لا يحل النظر اليه على التابيد الا ان مع ذكره
ينوي كما سياتي اذا عرفت هذا فعبارته اعني قوله كذا اذا شبهها بمن لا يحل النظر اليها الى قوله مثل اخته وعمته اعم من الرضاع ليست جيدة
لان ظاهرها حرمة النظر الى هؤلاء من الرضاعة وانما المعنى اذا شبهها بجزء لا يحل النظر اليه فلو قال انت علي او راسك او وجهك او رقبتك
فرجك او نصفك او ثلثك كظهر امي او خالتي او ام زوجتي او كفرجها او بطنها او فخذها او اليتها كان مظاهرا ولو قال يدك او رجلك
او شعرك او ظفرك او سنك او بطنك او فخذك او جنبك او ظهرك كظهر امي او فرجها الى آخر ما ذكرنا لم يكن ظهارا لان هذه الاشياء مما يجوز
النظر اليها ومسها بغير شهوة ولو قال انت علي او راسك الى آخر ما قلنا كيد امي او جنبها الخ لم يكن ظهارا لانتفائه من جهة المشبه بها وكذا
لو قال يدك او رجلك الخ علي كيدها او كرجلها الخ لا يكون ظهارا لانتفاء من الجهتين واذا حكمت ملاحظة الاصلين اخرجت فروعا كثيرة من
تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج امي وفرجك كفخذ امي يكون ظهارا بطنك كفرجها لا يكون ظهارا ووجه الاعتبار في المشبه يكون العضو مما
يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما احال عليه في الطلاق لانها هي الحرمة كالمطلقة هناك وقد بينا هناك وفي المشبه بها يكون النظر مما لا يحل
النظر اليه من المحرمة ما ذكره بقوله لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة الخ وقد تممناه في اول هذا البحث **قوله** لانها اي اخته وعمته وامه

على كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك لانه يعبر بها عن جميع البدن وثبت الحكم في الشائع ثم يتعلق بما يتعلق به الطلاق

من الرضاع في التحريم المؤبد كالام بخلاف قوله انت علي كظهر عمتك او اختك لان حرمتهن ليست على التابيد بل موقتة بانقطاع عصمته لها ثم المراد تابد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله لا باعتبار وصف يمكن زواله فان المجوسية محرمة على التابيد ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهارا ذكره في الجوامع لان التابيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز اسلامها بخلاف الامية والاختية وغيرها لا يقال يرد على اشتراط تابد الحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لاخرى انت علي مثل هذه ينوي الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد التكفير مع ان المظاهر منها ليست محرمة على التابيد لان ثبوت الظهار في هذه انما هو باعتبار تضمن قوله لها انت علي كظهر امي لان تشبيهها بمن قال لها ذلك انما هو في ذلك فالظاهر الظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها وكذا لو كانت امرأة رجل اخر ظاهر زوجها منها فقال انت علي مثل فلانة ومثل فلانة ينوي ذلك صح ولو كان بعد موتها وفي التحفة لو شبه بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل في حالة اخرى مثل اخت امرأته ومثل امرأة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان النص ورد في الام وهي محرمة على التابيد وقد علمت ان هذه كنايات فلا يكون ظهارا ولا ايلاء الا بالنية وبعد اشتراط تابد الحرمة هل يشترط الاجماع عليها شرطه في النهاية ليخرج ام المزني بها وبنتها لانه لو شبهها بها لم يكن مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوي لكن الخلاف منقول في هذه فمنهم من قال عند ابي يوسف لا يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بجاها عند محمد ينفذ خلافا لابي يوسف فمنهم من قال عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يكون مظاهرا خلافا لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم محل نكاحها وعدمه فظهر مما نقلنا ان مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعا عليها او لا بل لكونها يسوغ فيها الاجتهاد او لا وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الاجماع او النص الغير المحتمل للتاويل بين غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وان كانت المعارضة ثابتة في الواقع ولهذا يختلف في الكون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه ولذا فرق في المحيط بوجود النص على الحرمة بالوطي وعدمه حيث قال لو قبل امرأة او لمسها بشهوة ثم شبه امرأة بنتها لا يكون مظاهرا عند ابي حنيفة ولا يشبه هذا الوطي لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها وفي الدراية في كظهر اختي من لبن الفحل لا يصير مظاهرا من غير ذكر خلاف مع انها محرمة على التابيد كانهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها في ان مع حرمتها عموم نص يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وقوله عليه الصلاة والسلام يحرم عليك من الرضاعة ما يحرم من النسب فانه عام من الرضاعة لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع والثاني انما يفيد ثبوت اختية بنت الفحل من غير التي ارضعت بالالتزام ومثله رايت لو شبهها بامرأة الملاعن منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع ان ابا يوسف يرى تابد حرمتها لتسويغ الاجتهاد اما ان اراد من ارضعها نفس الفحل بان نزل له لبن فلا اشكال لكنه بعيد لمن عادتهم في اطلاقه فلانة لا اختية هناك حينئذ وما اشكل ما ذكره في الدراية ايضا نقلا عن شرح القدوري ثم في ابوه بامرأة وابنه فشبهها بامها او ابنتها يصير مظاهرا عند ابي يوسف ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بجاها له وعند محمد رح لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم وهذا مشكل لان غاية الامومية الاب والابن ان يكون كام زوجة الاب والابن ولا تحرم ام زوجة الاب على الابن ولا ام زوجة الابن على الاب فليس التشبيه بها محرمة ولم يشبه بظهر ابيه او قريبه او بظهر اجنبي لم يكن مظاهرا ولو شبهها بفرج ابيه او قريبه قال في المحيط ينبغي ان يكون مظاهرا اذ فرجها في الحرمة كفرج امه وفي كافي الحاكم امرأة لا يكون مظاهرة من زوجها من غير ذكر خلاف وفي الدراية لو قالت هي انت علي كظهر ابي وانا عليك كظهر امك لا يصير الظهار عندنا وفي المبسوط عن ابي يوسف وعليها كفارة

ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاشر في الكلام وان
قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق فهو طلاق
بائن لانه تشبيه بكلام في الحرمة فكانه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال
الحمل على الكرامة وقال محمد رح يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لكان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند ابي يوسف
هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد رح ظهار لان كاف التشبيه مختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو
على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لكان التشبيه والطلاق لكان التحريم والتشبيه تاكيد له ولو لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء وعلى قول محمد رح ظهار

يمين وقال الحسن بن زياد هو ظهار وقال محمد ليس بشيء وهو الصحيح وفي شرح المختار حكي خلاف ابي يوسف والحسن على العكس وكذا
في غيره وفي الينابيع والروضة كالاول وقال هو يمين عند ابي يوسف ظهار عند الحسن ولو ظاهر من امراته ثم اشترك معها اخرى كان مظاهرا منهما

قوله ولو قال انت علي مثل امي هذا الفاظ انت امي مثل امي كامي حرام كظهر امي ففي انت امي لا يكون مظاهرا وينبغي ان يكون مكروها فقد صرحوا بان قوله
الزوجته يا اختيه مكروه وفيه حديث رواه ابو داود عن ابي تميمة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامراته يا اخية فكره
ذلك ونهى عنه ونحن نعقل ان معنى النهي هو انه قريب من لفظ تشبيه المحللة بالمحرمة الذي هو ظهار ولولا هذا الحديث لامكن ان يقال هو ظهار
لان التشبيه في انت امي اقوى منه مع ذكر الاداة ولفظ اخية في يا اخية استعارة لا اشكال وهي مبنية على التشبيه لكن الحديث المذكور افاد كونه
ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهي عنه فعلم انه لا بد في كونه ظهارا من التصريح باداة التشبيه حتى لو قال لها يا بنتي
او يا اختي ونحوه وفي مثل امي او كامي ينوي فان نوى الطلاق وقع بائنا كقوله انت علي حرام وان نوى الكرامة والظهار حكما لتنوي انها
في الكنايات واذا وانه كناية في الظهار فعلم ان صريحه يكون التشبيه بعضو وان لم يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وهو ظهار عند محمد وجه قوله ان المعنى الشرعي
لهذا اللفظ الظهور لوجود التشبيه بالبعض في ضمن الكل غير انه عدل عنه فيما اذا كان له نية شيء يصح ارادته من اللفظ الى ذلك المنوي تصحيحا لارادته
وجعل على بمعنى عند في الكرامة وذلك لان المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ انت عند بي مثل امي او كامي فحين لم يفسر فيه عرفا يقتضيه نية عمل بموجبه
في نفسه ولهما ان معنى كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بل اذا كان التشبيه به ابتداء وفيما اذا كان التشبيه بكلام يبقى
مجملا في حق جهة التشبيه فالم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصا والحمل على الظهار حمل على المعصية ولا يجوز الزام المسلم المعصية من غير قصد
اليها ولا لفظ صريح فيها وما امكن صون تصرفاته عنها وجب اعتباره وذلك في حقه ان نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما فلذا غيره
فعند محمد ظهار لانه بكاف التشبيه اي اداته فان الكلام في مثل امي وكامي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا انه حقيقة وقد نوى ما لا ينافيه
فان الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوي في ضمن المعنى المحقق في الكلام عند ابي يوسف ايلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى
الثابت به لا يتعدى المنوي وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الايلاء ولان الايلاء ادنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وهو
اخرا لسبب نفسه وهو الظهار فكبيرة محضة والايلاء في نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار امر آخر يقترن به اما الحكم فالكفارة
فيه اغلظ من حيث قدرها بالاطعام والصيام فيه بستين مسكينا ويوما والامور الاخر هي ان حرمتها في الايلاء لا تثبت في الحال فانه وان حلف
ان لا يقربها فالشرع طلب منه ان يحنث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ولو طلقها ثلاثا فما دامت اليه بعد زوج عادت بلا ايلاء في حق وقوع
الطلاق بمضي المدة بين في حق لزوم الكفارة اذا وطئ وكان الايلاء موجودا وفي الظهار يثبت في الحال ثم يتعدى الى الدواعي
ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر اولا ولو طلقها ثلثا والباقي بحاله يعود بالظهار ولا تحل بالمسيس يكفر وكذا لو كلمها بان كانت امة فاشتراها او نفسخ
العقد لا تحل بالمسيس يكفر ومنهم من قال الاصح انه ظهار عند الكل لانه تحريم موكد بالتشبيه وفيه نظر لان هذا انما يطبق على قوله انت علي حرام
كامي وليس الكلام فيه بل في مجرد انت كامي وفي انت علي حرام كامي فانما له محتملان الطلاق والظهار لا الا بالتصريح بالحرمة فانها اراد ثبت
فان لم يكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار وهنا تجيء المذكور نظا على قاضي خان انه ينبغي ان لا يختلف في كونه ظهارا

والوجهان بناؤهما أن قال أنت علي حرام كظهر أمي ونوى به طلاقا وإيلاء لم يكن الظهار عند أبي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى لأن التحريم محتمل كل ذلك على ما بينا غير أن عند محمد رح إذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند أبي يوسف رح يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولأبي حنيفة رح أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم إليه **قال** ولا يكون الظهار إلا من الزوجة حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فإن تزوج امرأة بغير عينها فظاهر منها ثم جاءت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا لأنه أضاف الظهار إليهن مضافا كما إذا أضاف الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعددها بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم

لأنه تحريم مؤكدة بالتشبيه **قوله** والوجهان بناؤهما يعني فيما قبلها يعني قوله من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ومن جهة محمد ما ذكر وفي قوله أنت علي حرام كظهر أمي خلاف عنده لا يكون الظهار أسوأ ونوى طلاقا أو إيلاء أو لم ينو شيئا وقالا هو على ما نوى ظهارا أو طلاقا أو إيلاء وإن لم يكن له نية فظهار لأن التحريم يحتمل كل ذلك فإذا نوى الطلاق أو الإيلاء يكون قوله بعده كظهر أمي تأكيدا له لا مغيرا غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا معه لأنه عند محمد يقع بائنا بائنة حرام ولا يمكن إثبات الظهار بعده بكظهر أمي وعند أبي يوسف يكونان فيقيل لا بلفظ حرام إذ لا يراد باللفظ الواحد معنيان مختلفان بل كل بلفظه وهذه رواية عنه في صحة الظهار من المبانة وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لأنه صريح فيه والطلاق باعتراف بنيته كما إذا قال من له امرأة معروفة بزينب زينب طالق ثم قال عنيت أخرى يقع عليها في الأخرى باعترافه وفي المعروف بصريح اللفظ في القضاء فإنه لا يصدق فيه في صرف النية عنها لأنه خلاف الظاهر وهذا يقتضي أن وقوع الطلاق والظهار فيما إذا قال عنيت الطلاق عنده إنما هو في القضاء أما فيما بينه وبين الله تعالى قالوا لو لم يقع ما نوى وفي شرح الكنز ولو نوى الإيلاء ينبغي أن يكون إيلاء وظهارا ظهارا بالاتفاق لعدم التنافي **قوله** وقد عرف في موضعه يعني المبسوط ولأبي حنيفة أنه أي لفظ كظهر أمي صريح في الظهار محكم فيه ولفظ حرام محتمل فيرد إليه إذا قرن معه **قوله** حتى لو ظاهر من أمته موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح وهو مذهب الشافعي وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين خلافا لمالك والثوري في الأمة مطلقا ولسعيد بن جبير وعكرمة وطاوس وقتادة والزهري في الموطوءة لنا أن النص يتناول نساءها بقوله تعالى من نسائهم والأمة وإن صح إطلاق لفظ النساء عليها لغة لكن صحة الإطلاق لا يستلزم الحقيقة لأن حقيقة إضافة النساء إلى الرجل أو رجال إنما يتحقق مع الزوجات لأنه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لا نساؤه وحرمة بنت الأمة الموطوءة ليس لأن أمهاتهن نساؤها مرادة بالنص بل لأنها بنت موطوءة وطؤها حلالا عند الجمهور وبهذا القيد عندنا على أنه لو أريد بالنساء هنا ما تصح به الإضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي ومن الزوجات والمجازي أعني الإماء بعموم المجاز لا يمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الإماء لثبوته في الزوجات أما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا يثبت بطريق الدلالة لأن الإماء ليس في معنى الزوجات لأن الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يتبايع عدمه في الأمة المجوسية والمرضعة بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ولأن القياس أن لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذلك سوى التوبة ورد التشبيه بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للأمة فيه فيبقى في حقها على أصل القياس ولأن الظهار كان طلاقا فنقل عنه إلى تحريم معنيا بالكفارة ولا طلاق في الأمة وليس هذا الوجه بشيء للمتأمل **قوله** لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف والتشبيه إنما انعقد سببا للتحريم المنشئ حين كان كذبا محضا فلا يترتب بقي أن يقال فليتوقف على الإجازة كما يتوقف نكاحها على الإجازة فإن أجازت ظهر أنه كان التشبيه الممتنع أجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف لأن عقد النكاح حلال والظهار حرام فيتنافيا بخلاف المعتق مع الملك فلا يتوقف فلا يثبت الظهار بعد الإجازة بخلاف اعتاق المشتري للعبد من غاصبه لأن الاعتاق حق من حقوق الملك يعني يثبت بالملك حتى إن يعتق إذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه وإن كان لو قال لزمه حكمه فإذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق **قوله** ومن قال لنسائه أنتن علي كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا بلا خلاف لأنه أضاف الظهار إليهن فكان كإضافة الطلاق إليهن يطلقن جميعا وإنما الخلاف في تعدد الكفارة فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعدد من أي كل من أراد وطئها وجب عليه تقديم كفارة وبه قال الحسن والزهري والثوري وغيرهم وقال مالك وأحمد كفارة واحدة

فتح القدير مع هداية ج٣

فصل في الكفارة **قال** وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا لانص الآية فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب **قال** وكل ذلك قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه منبهة للرحمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا **قال** ويجزئ في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك

وروي ذلك عن عمر وعلي وعروة وطاوس وعطا اعتبروه باليمين بالله تعالى في الايلاء قلنا الكفارة لرفع الحرمة وهي متعددة بتعدد من وكفارة اليمين لهتك حرمة الاسم العظيم ولم يتعدد ذكره بخلاف ما لو كرر الظهار من امرأة واحدة مرتين او اكثر في مجالس واحد او مجالس حيث تكرر الكفارة بتعدده الا ان نوى بما بعد الاول تاكيدا فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل في المجلس لا المجالس بخلاف الطلاق لان حكم الظهار بينه وبين الله تعالى واو لما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف يتكرر الحرمة بتكرار الظهار بينه وبين الله تعالى وما هو الا تحصيل الحاصل اجيب بالاول تثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك حل الحل فيصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم بعينها ولصومه ويمينه وهذا لا يرفع سؤال تحصيل الحاصل الا ان يلتزم ان يثبت بكل سبب حرمة كما التزم في اسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات **فروع** لا يصح ظهار الذمي وبه قال مالك خلافا للشافعي واحمد كالايلاء وهي رواية البراكة عن ابي حنيفة والاول رواية الاجل لنا قوله تعالى والذين يظهرون منكم من نسائهم والكافر ليس منا والحاقه بالقياس متعذر لان الظهار جناية حكمها تحريم يندفع بالكفارة وشرك الكافر يمنع من رفع اثر الجناية عنه بالكفارة مع انه ليس من اهلها لانها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريما مؤبدا وبعد غير حكمه بالنص ولانه لا يقدر عليها على رأيكم اذ لا يقدر على ملك رقبته مؤمنة والفاء قيد الايمان في حقه بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا اجماع على ذلك ليكون كالغاية في اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وما اجيب به من انها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه انها يفتقر الى النية اتفاقا فلزم كونها عبادة وما وقع به من افتقارها اليها كافتقار الكنايات اليها وليست عبادة مدفوع بانه قياس بلا جامع لان افتقار الكنايات اليها ليتعين احد المحتملات وهو الطلاق عن غيره وافتقار الكفارة ليقع عبادة والا فلما اذا والفرق بين الظهار والايلاء على قول ابي حنيفة حيث اجاز ايلاء الكافر خلافا لصاحبيه ان حكم الايلاء امران وقوع الطلاق بتقدير البر وهذا يتحقق في حقهم لانهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فيعتقد منهم نظرا الى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البر وتعذر التكفير ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلا لم يجز ولو ظاهر يوما او شهرا صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ولو علق الظهار بشرط ثم ابانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهرا بخلاف الابانة المعلقة على ما سلف ويصح بشرط النكاح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي فتزوجها لزمه حكم الظهار ولو قال انت علي كظهر امي في رجب رمضان كفر في رجب اجزأه عنهما ولو ظاهر فجن ثم افاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائدا بالافاقة خلافا لاحمد وجهين للشافعية

فصل في الكفارة **قوله** عتق رقبة اعتاقها فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارنا لموت المورث لا يجزيه عنها **قوله** وكذا في الاطعام يعني يجب كونه قبل المسيس كالعتق والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلله والحقه بها وحاصله عقلية ان الكفارة منبهة للتنصيص على ايجابها قبل التماس وهذا الكفارة مثلها فيجب كونه قبل التماس وما قدمناه رواية من الحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم للذي واقع قبل التكفير اعتزلها حتى تكفر مطلقا من غير تفصيل فيجب اجراؤه على اطلاقه لا يقال هذا كله تراءى انه زيادة على اطلاق النص بالخبر والقياس هو لا يجوز وذلك لانه تقييد لتحريره يكون قبل المسيس فقال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ثم اعاد التقييد المذكور مع الصيام فقال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ثم اطلق الاطعام عنه بقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فلو اريد التقييد في الاطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه

من كل وجه والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه الى عبد والله كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة
وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة مقارنة للمعصية يحال به الى سوء اختياره ولا تجزي العمياء والمقطوعة اليدين والرجلين
لان الفائت جنس المنفعة وهي البصر والبطش والمشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين
واحد الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة
المشي اذ هو عليه متعين ويجوز الاصم والقياس لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة
باق فانه اذا صيح عليه يسمع لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه

بالاطلاق بعد ما نص عليه على تكرير القيد مع ان التخصيص غير مكتف به فتقييده في التحرير والعموم قرينة على قصد الاطلاق فيه وما قيل ذكره مرتين تنبيه على ارادة تكرره
مطلقا اذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالخصلة الاولى او اقتصر عليه معها ولتوهم اختصاصه بالاخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو اعاد معها بعدها
فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ثم هو معارض بما قلنا من ان تخصيصه بالاطلاق بعد تكرير القيد مع اخويه ظاهر في ارادة انفراد
عنها بمعنى الاطلاق فلا يخرج على القواعد الا ان يتحقق فيه اجماع في عصر من الاعصار والثابت فيه الآن قولان للشافعي ورواياتان عن
احمد لانا نقول الثابت بالنص افتراض الاطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ونحن لم نقيد اشتراطه بالحل بكونه قبل
المسيس فيكون زيادة بل اوجبنا ذلك بخبر الواحد والالحاق بالخصلتين في وجوب التقديم لا في اشتراطه في الحل والاصل وان كان الافتراض
فالمتعدي الى الفرع منه الوجوب لا يقال ح يختلف الحكم في الاصل والفرع لانا نقول الوصف الذي به زاد الفرض على الوجوب ليس من الحكم فان
الحكم هو الايجاب غير انه ان كان ثبوته قطعيا سمي فرضا وليس كيفية الثبوت جزء ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ الفرض فتامل واما قلنا من عدم اشتراطه للحل
واعتبار الاطلاق في ذلك قال ابو حنيفة فيمن قرب لتظاهر منها في خلال الصوم يستانف ولو قربها في خلال الاطعام لا يستانف لان الله تعالى
قيد الصيام بكونه قبل التماس فاطلق في الاطعام ولا يحمل الاطعام على الصيام لانهما حكمان مختلفان وان اتحدت الحادثة **قوله** من كل وجه متصل بالمتوفى
فلهذا لو اعتق ام ولده ومدبره لا يجزيه عنها بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح اعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه **قوله** الكفارة حق الله تعالى
المشهور بناء الخلاف على ان المطلق هل يحمل على المقيد ولا فمنده نعم وعندنا لا الا في حكم واحد في حادثة واحدة لانه ح يلزم ذلك لزوما عقليا اذ الشيء
لا يكون نفسه مطلوبا او خاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة
بمثلها وللكلام في تحقيق هذا الاصل فن غير هذا ولو تنزلنا الى اصلهم لم يلزم من التضييق في الكفارة الامر الاعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو اخف منه ليكون
التقييد فيه بيانا في المطلق وتقريره ما في الكتاب ان الكفارة وهي الاعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عبد والا اذا الاعتاق يتعلق به تحقق اثره له وهو العتق
كالزكوة والجواب ان هذا لا يعارض اطلاق النص الا اذا كان مانعا عقليا منه وليس كذلك لجواز ان ياذن الله تعالى في الاحسان والتمليك تصدقا على الكافر في الامور
الدنيوية وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكوة قال صلى الله عليه وسلم تصدقوا على اهل الاديان والاتفاق على جواز الصدقة الناطقة عليه ان المقصود
منها التقرب الى الله تعالى فلولا ان مقصود القربة على الله تعالى يحصل بذلك لم يشرع اصلا ولا يزيد الغرض على كونه قربة اليه تعالى الا كونه مامورا به ولا يظهر بوصف
المامور به اثر في منافاة كون محله كافرا بعد ما ثبت انه لا ينافي معنى القربة ولولا النص الذي يخص الزكوة لقلنا بجوازه فيها لفقر اهل الذمة وهذا لان التقرب بفعل لغاية تحصيل
لا بخصوص محل فعله وهو انما يعتقه لتمكنه من الطاعات بالاسلام شكرا لله تعالى على ما انعم عليه من تخليصه من ربقة الرق لا لغير ذلك ثم اقترانه وهو
الكفر لسوء اختياره منه على نفسه فظهر ثبوت معنى التقرب باعتاقه هذا وهو يدخل في الكافرة المرتد والمرتدة ولا خلاف في اعتاق المرتدة لانها
لا تقتل واعتاق العبد الحربي في دار الحرب لا يجزيه من الكفارة واعتاق المستامن يجزيه **قوله** ولا تجزي العمياء الخ الاصل ان يكون المعتق
كامل الرق مقرونا بالنية وجنس ما يبقى من المنافع بلا بدل فظهر ان اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب وهذا لان بفوات جنس
المنفعة تصير الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ولم تعتبر فوات الزينة على الكمال مع انهم اعتبروه في الديات فالزموا القطع
الاذنين الشاخصتين تمام الدية جوزوا بناء عتق مقطوعها اذا كان السمع باقيا وشلل فيمن خلقت لحمية ولم تنبت لفساد المنبت وما علموا انه

ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان ذا البطش بهما نفوات جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل
فكان فيه تفويت جنس المنفعة بخلاف الاختلال بالرأي وكذا يجوز عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما نقصانا وكذا المكاتب
الذي ادى بعض البدل الى المولى يكون مبدل بعض لابي حنيفة رح خلافا لهما لقوله الرق من كل وجه ولهذا قبل الكتابة لا انفساخ بخلاف امومية الولد
والتدبير لانهما لا يحتملان الانفساخ فلو لحق مكاتبا لم يرد شيئا بعد ذلك خلافا للشافعي رح له انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه
المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا ينافيه فانه فك الحجر كالاذن
في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ بمقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله

في جعل العين والنفس والمعروف من ان الفائت منفعة النسل وهو زائد على ما يطلب من المالك يعلل به في فوات الرؤية على الكمال
لان باعتبار ذلك لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر فعن هذا افترق الحال بين الاعتاق والدية فيه وتجوز الرقبة بقطع
والعور والعمى والشلل والبرص والرمد والخنثى لا مقطوع اليدين او الرجلين او احدى كل من اليدين او الرجلين
من جهة واحدة ويجوز من خلاف اما مقطوع ابهامي اليدين فلما في الكتاب ومثله مقطوع ثلث اصابع غير الابهامين من كل
يد لان الاكثر كالكل وتجوز مقطوع اصبعين غير الابهام من كل يد لاسقاط الاسنان العاجز عن الاكل ولا يجوز المجنون المطبق
لان المنافع كلها في حقه فائتة لان الانتفاع به انما هو بالعقل واما الذي يجن ويفيق فيجوز عتقه اطلقه في الهداية والمراد اذا
اعتقه في حال افاقته وفي الاصم روايتان وما ذكر في الهداية يوخذ منه التوفيق بين الروايتين فحمل رواية النوادر الاصم الذي
ولد اصم وهو الاخرس فانه لا يسمع اصلا ولا يتكلم ومحل ظاهر الرواية الذي اذا صيح عليه يسمع وروى ابراهيم عن محمد اذا اعتق عبدا
حلال الدم فعفى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز وفي التجنيس من علامة عيون المسائل اذا اعتق عبدا مريضا عن ظهاره ان كان يرجى
ويخاف عليه تجوز فان كان لا يرجى لا يجوز لانه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الابهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم
ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة لكن الشارع لم يعتبرهما الا كغيرهما من الاصابع وايضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها وذلك ان فوات قوة
البطش لا لازمة ولا عينه فوات جنس المنفعة بل ضعفها ولا يجوز عتق المدبر وام الولد ويجوز اعتاق المكاتب الذي لم يود شيئا لا الذي
ادى بعض الكتابة والشافعي منعه والحق المكاتب بالمدبر وام الولد بجامع انه استحق العتق بجهة الكتابة فاشبه المدبر وام الولد فنقص
الرق فيه كما نقص فيهما بل هو اولى لعدم الاجزاء منهما فانه لو قال كل مملوك لي حر عتق مدبره وام ولده ولا يعتق مكاتبه الا بالنية
فدل انه انتقص رقا منهما وبهذا يبطل قولكم الكتابة انما اقتضت فك الحجر لا غير كالاذن في التجارة ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها
كالمنع من التجارة وهذا كله على وجه الالزام عليه كما في المدبر فان عنده بيع المدبر واعتاقه جائز وهو مذهب احمد بناء
على جواز بيعه عندهما خلافا لنا وفي ام الولد على وجه الاثبات عن الكفارة لنفسه ونحن نمنع ان استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ عن تقدير تحققها
موجب نقصان الرق فان ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا فان حاصل الكتابة تعليق العتق بالاداء ولو علق بسائر الشروط لم
يلزمه نقصان الرق بهذا اولى لان سائر التعليقات لا تحتمل الانفساخ بخلاف هذا ولولا ثبوت النص المفيد لامتناع بيع المدبر وام الولد لم يبين
نقصان الرق فيهما لان الحاصل فيهما ايضا تعليق العتق بموت السيد واو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه واعادته الى الحالة الاولى
لان نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوت من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته وهذا
هو الثابت في المدبر وام الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة فظهر ان الكتابة انما اوجبت فك الحجر في المكاتب لا يكون نقصانا
في الرق اذ المكاتب غير الرقبة وبه يعلم ان قوله عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم من كتابته شيء رواه ابو داود المراد به كامل في العبودية
والرق وانما لا يستبد المولى بفسخه لانه بدل فانعقد لازما على مولى بخلاف الاذن في التجارة لانه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل
موضع لو حرا نقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا ترى

الا انه يسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في المحل بجهة الكتابة لان الفسخ ضروري لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء
الكفارة جاز عنه وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله فان اعتق نصف عبد مشترك وهو
موسر ضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان
المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون استسعاء بعوض وكذا ابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله
يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم اعتق باقيه منها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير ممكن
كمن اضجع شاة الاضحية فاصاب السكين عينها فعلاف ما تقدم لان النقصان تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح واما عندهما الاعتاق لا يتجزى فالاعتاق
النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه
لم يجز عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاستحقاق ان يكون قبل المسيس بالنص

في كل مملوك حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل الا بالنية لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لان محل الملك اعم من محل الرق الا يرى ان الملك
يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالامتعة والحيوان غير الآدمي ففي العبد رق في رقبته وملك يجازيه فيها ويتعدى الى غيرها من منافعه
واكسابه والكتابة اوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فينقص بها الملك لا الرق لكن العتق انما يعتمد الرق لانه
لو دار مع الملك ثبت في غير الآدمي ايضا وكان ح كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المرجح قوله
الا انه يسلم له الاكتساب الخ جواب عما قد يقال اعتقه حيث وقع انما يقع شرعا بجهة الكتابة وان عين السيد جهة التكفير بدليل انه يسلم
له الاكتساب والاولاد فعلم انه بجهة الكتابة اجاب بوجهين الاول ان العتق في المكاتب واحد والاعتاق من جانب المولى يختلف جهاته
فيما يرجع الى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا وفيما يرجع الى المولى جعل اعتاقا بجهة الكفارة لانه قصد ذلك وهو كالمرأة
اذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها في حق الزوج تحصيلا لمقصود الزوج عند
الطلاق وفي حقها يجعل تمليكا بهبة مبتدأة وحقيقة الجامع بينهما اذا حصل عين المقصود فلا يبالي باختلاف السبب ففي مسئلة الزوج
نفس حقه ليس الا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالي لكونه عن سبب آخر غير الطلاق وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس
الا عتقه عند الاداء وقد حصل عنيه الثاني والفسخ الكتابة ضروري اذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لانه تصرف عن عاقل مسلم
فيما فيه مانع يحتمل الفسخ والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر في حق جواز التحرير للتكفير لا في حق الاكساب لانه لا دلالة على الرضا فيها
فيعتق في حقها مكاتبا فتسلم له ولا يلزم من كونه عتق مكاتبا كون عتقه بجهة الكتابة والا لتصرح بدل الكتابة او التسليم المبدل يوجب
تقرر البدل قوله وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها هذا في الشراء اما لو ورث احدهما فنوى الكفارة فقد
قدمناه ولو وهب له او اوصى له صح الحاصل انه اذا دخل في ملكه يصنع منه اذ نوى عند صنعه ان يكون عتقه عن الكفارة اجزأه
والا فلا ولو قال ان دخلت الدار فانت حر ونوى كون العتق وقت دخوله عن كفارته لا يجوز ولو نواه وقت اليمين جاز قوله
وضمن قيمة باقيه يعني اعتق ذلك الباقي ايضا لم يجز عند ابي حنيفة رح وعندهما يجوز بناء على تجزي الاعتاق وعدمه عندهما لا يتجزى
فاعتاق نصفه اعتاق كله غير ان المعتق ان كان موسرا ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقا كله عن الكفارة وهو ملكه ولا سعاية
على العبد حتى يكون اعتاقا بعوض لو كان المعتق المعسر لا يجوز بالاتفاق لان على العبد السعاية عندهما فيكون عتقا ببدل وان لم يكن ذلك
البدل حاصلا للمعتق بل هو للشريك المقصود لانه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته وعنده يتجزى فاعتق نصيبه في الابتداء
ونصف الرقبة ليس برقبة وقد يكون النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كام الولد بل اشد لان
عتقها متعلق بالموت بخلاف هذا وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصا ومثله يمنع التكفير كالتدبير فصار كانه اعتق
عبدا الا شيئا منه بخلاف المسئلة التي بعد هذه فانه اعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فيكون النقصان على ملكه بسبب الاعتاق بجهة
الكفارة فيجوز كمن اضجع شاة ليذبحها اضحية فاصابت سكين عينها فعورت فان قيل الملك في المضمون يثبت مستندا الى وقت وجود السبب
وبه يظهر ان نصيب الشريك ملك للمعتق زمان الاعتاق وهو اذ ذاك لا نقصان فيه قلنا الملك في المضمون انما يثبت مستندا حق اضمن المضمون له

فتح القدير معه هداية ج ٢

واعتاق النصف حصل بعده وسندهما اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد الظاهر ملتحق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما
شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق لما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم
في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فلم جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا فقيما ذهبنا اليه تقدير البعض فيما
قلنا تأخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون قبل المسيس فان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف

لاتي حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم يجز ولا يخفى ان التعييب ضرورة اقامة المأمور به ليس
كالتعييب لصنعه مختارا حتى انه لو فقأ عين الشاة مختارا عند الذبح نقول لا يجزيه فكان المشترك اولى بالاجزاء من العبد المختص لان مالك
النصف لا يقدر على عتقه الا بطريق عتق نصفه فحاله اشبه بذابح الشاة من مالكه على الكمال وجوابه ان المعنى انه حصل بسبب اقامة الواجب
وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن اقامة الواجب الا كذلك فان الشارع لما اطلق له العتق بمرة وبمرات كان
لازمه انه اذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع وعن هذا البحث بعضهم انه تجب الاجزاء في الصورتين فان النقص في الاول ايضا حصل بسبب العتق كالثاني
والتعمد وعدمه سواء لانه نقصان حكمي فيستوي فيه العمد والخطأ ولان الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند اعتاق النصف فيكون كالصورة
الثانية واجاب عن قوله انما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بان النقص لما كان حكميا فسواء وجد في ملكه بين اعتاق نصفه
واعتاق باقيه وفي ملك غيره بين الاعتاقين لانه لو كان ينافي كمال الرقبة منع مطلقا وجوابه ان منافاة الكمال لا يستلزم منافاة الاجزاء
الا اذا كان في غير ملكه لانه اهدر لحصوله بسبب اقامة الواجب غير انه اذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتريا ناقص رقا معنى فمعتقه عن الكفارة
بخلاف ما اذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الاهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم اعتاقه فحيث اهدر كان كانه اعتق نصفه وبعض النصف
الآخر ثم اعتق باقيه بخلاف الاول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا الى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قد النقصان فلم يقع عن الكفارة

قوله واعتاق النصف حصل بعده فان قيل كل اعتاق بعد هذا وان كان اعتاق عبد كامل فهو بعد المسيس فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا
من الاجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده ايضا قلنا انما يجوز لانه اعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ويبطل اعتاق ذلك النصف
لان الشرط للحل مطلقا اعتاق كل الرقبة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الاثم بذلك المسيس ثم لم يمكن اعتبار ذلك النصف من الشرط
حتى يكفي معه عتق النصف لان المجموع ح ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت
الى ان يوجد الشرط وهو عتق مجموع رقبته **قوله** واذا لم يجد المظاهر ما يعتق في الجزاء انه لا يصوم من له خادم بخلاف
المسكن وقال الشافعي رح والليث يجوز الصوم مع وجود الخادم واعتباره بالماء المعد للعطش والفرق عندنا ان الماء مأمور بامساكه لعطشه والاستعمال
محظور عليه بخلاف الخادم كذا ذكره الرازي في احكام القرآن ويرد عليه المسكن وجوابه انه بمنزلة لباسه ولباس اهله بخلاف الخادم وفي الاسبيجابي
يعتبر اليسار والاعسار وقت التكفير اي الاداء وبه قال مالك وقال احمد رضي الله عنه والظاهرية وقت الوجوب وللشافعي رح اقوال كالقولين وثالثها
تعتبر اغلظ الحالين **قوله** وكفارته صوم شهرين ان صامهما بالاهلة اجزاه وان كانت ثمانية وخمسين يوما وان صامهما بغيرها فلا بد من ستين
يوما حتى لو افطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستيناف **قوله** فان جامع التي ظاهر منها كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول
ابي حنيفة فانه لو جامع زوجة اخرى ناسيا لا يستأنف عنده ايضا كما لو اكل ناسيا لان حرمة الاكل والجماع انما هو للصوم لئلا ينقطع التتابع
ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فانه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقدمها على
المسيس شرط حلها فبالجماع ناسيا في اثنائه يبطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف العبد لصدق
كون المجموع ليس قبل التماس وكون السبب النسيان لا اثر له في نفي هذا الواقع وعدم افساد الصوم بالنص على خلاف القياس وتقييده بالبلا

وان افطر متعمدا يوما بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن
من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجز لانه من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا
لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث
اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر فان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك
من مبنا وقد ذكرنا في الزكوة فان اعطى ستا من بر وستين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم
عنه من ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه

يكونه عائدا ليس لتقييد بل جماعها ليلا عامدا او ناسيا سواء لان الخلاف في وطء لا يفسد الصوم **قوله** وان افطر منها يوما بعذر كمرض او سفر لزمه
الاستقبال بخلاف ما لو افطرت المرأة للحيض في كفارة القتل والفطر في رمضان حيث لا تستانف وتصل قضاء بالعدد الحيض لو افطرت يوما قبل القضاء لزمها
الاستيناف لانها لا تجد شهرين ليس فيهما ايام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما ايام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا
لو نفست في صوم كفارة الفطر واتصل استقبلت كما لو حاضت في خلال صوم كفارة اليمين فانها تستقبل لانها تجد ثلاثة ايام لا حيض فيها **قوله**
لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا تمليكه او قيمته تعليلا لقوله وان اطعم المولى عنه او اعتق فاقاد ان معناه انه ملكه وامره ان يعتق ويطعم ليكون
هو المكفر اذ لا بد من الاختيار من ادار ما كان به او معنا وان العبد امره ففعل ذلك فانه يتضمن تمليكه ثم اعتاقه عنه واطعامه
واعلم ان للسيد ان يمنع عبده من صوم الكفارات الا الكفارة الظهار لانها تتعلق بها حق الزوجة **قوله** واذا لم يستطع المظاهر
الصيام لمرض لا يرجى زواله او كبر **قوله** او قيمته ذلك اي من غير ما نص عليه فلو دفع منصوص عن منصوص آخر بطريق
القيمة لم يجز الا ان يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا مثاله دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر او صاعا من البر او اقل من نصف
صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجز فلو كان التمر صاعا ودفعه عن نصف صاع بر جاز وهذا لان الاعتبار في المنصوص عليه بعين النص لا المعنى ولو
جاز ذلك في الاعتبار لزم ابطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ثم اذا فعله فالواجب عليه ان يتم للذين اعطاهم القدر المقدر من
ذلك الجنس الذي دفعه بهم فان لم يجدهم باعيانهم استانف في غيرهم فان قيل لو كسى عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الاطعام جاز عنه
اذا كانت قيمته نصيب كل منهم قيمة الاطعام مع ان كلا منها منصوص عليه قلت المنصوص عليه الكسوة لا الثوب غير انها لا تتحقق الا بالثوب فما لم
يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة اعني الكسوة اصلا لا انه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر
اذ لا كسوة الا ثوب يصير به مكتسيا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص **قوله** في حديث اوس
بن الصامت وسهل بن صخر وصوابه سلمة بن صخر والحديث غريب عنهما وعند الطبراني في حديث اوس بن
الصامت قال فاطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا قال لا املك ذلك الا ان تعينني فاعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر
صاعا واعانه الناس حتى بلغ انتهى ومقتضاه انه كان برا لان التمر والشعير يجزي منه صاع وقدمنا عن ابي داود من طريق ابن اسحق
عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث اوس بن الصامت قال صلى الله عليه وسلم فاتي ساعتئذ بعرق
من تمر قال يا رسول الله وانا اعينه بعرق آخر قال احسنت قال فيه والعرق ستون صاعا واخرج الحديث ايضا عنه بهذا الاسناد
الا انه قال والعرق مكتل يسع ثلاثين صاعا وهذا اصح لانه لو كان ستين لم يحتج الى معاونتها ايضا بعرق آخر في الكفارة واخرج ابو داود عن
ابي سلمة بن عبد الرحمن قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا وهذه معارضة في انه كان الخارج تمرا او برا والله تعالى اعلم واما الذي في
حديث سلمة صخر البياضي قال فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قال والذي بعثك بالحق لقد شقينا وجئتين مالك كنا طعاما قال فانطلق الى
صاحب صدقة بني زريق فليدفعها اليك فاطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل انت وعيالك بقيتها الحديث اخرجه احمد وابو داود وكيفي ما اثبتناه
في صدقة الفطر من ان الواجب من البر نصف صاع اذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة **قوله** لان الجنس متحد وهو جنس

[illegible] لا يجزيه لانه لا يستوفي كفاية ولا بد من الادام في خبز الشعير لعله لا يشتهيه الا الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام
وان اعطى مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجز الا عن يوم لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم
فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد
بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقد قيل يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق واجب بالنص

ذه الكفارة وهو الاطعام بخلاف الكسوة مع الاطعام وبخلاف اعتاقة نصفي عبدين مشتركين بينه وبين غيره على قول ابي حنيفة رح فان الجنس
وان كان متحدا لكن امتنع الاجزاء فيه لمانع آخر هو ان المامور به اعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا برقبة بخلاف الاضحية فان الاشتراك فيها
لا يمنع الاضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا **قوله** فان غداهم وعشاهم جاز المعتبر الكفاية مشبعا لان خبز
غير ما دام الكفاية بخبز في سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانا غداء وعشاء او غداءين او عشائين بعد
اتحاد الستين ولو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن ابي حنيفة في كفارة اليمين لو قدم بين يدي عشرة اربعة ارغفة او ثلثة
فشبعوا اجزاهم وان لم يبلغ ذلك الا صاعا او نصف صاع فان كان لهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد اطعام عشرة وقد
شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر اشباعهم وهو لم يشبعهم بل اشبع التسعة **قوله** وهو حقيقة في التمليك من الطعم لا يقال الاتفاق على
جواز التمليك فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الاطعام مشتركا بينهما معا وفي حقيقته ومجازه لانا نقول بجواز التمليك عندنا بدلالة النص
والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الشتم والضرب مع التأفيف كذا هذا فالنص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذي هو سبب لدفع
كل الحاجات التي من جملتها الاكل يجوز فانه رح دافع لحاجة الاكل وفيه **قوله** وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وقال مالك والشافعي
وهو الصحيح من مذهب احمد لا يجزيه وهو قول اكثر العلماء لانه تعالى نص على ستين مسكينا ويتكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير ستين
فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز واصحابنا اشد موافقة لهذا الاصل وكذا قالوا
في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون
المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب من رمية مع ان تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو
مدلول التزامي لعدد المساكين ستين فالنص على العدد اولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم ان تتكرر الحاجة بتكرر المسكين حكما فكان
تعددا حكما وتمامه موقوف على ان ستين مسكينا مراد به الاعم من الستين حقيقة او حكما ولا يخفى انه مجاز فلا مصير اليه الا بموجب فان قلت المعنى
الذي باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو اعم من كونها
حاجات ستين او حاجات واحد اذا تحقق تكررها الا ان الظاهر انما هو عدد معدود وذوات المساكين مع عقلية ان العدد مما يقصد لما في
تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء **قوله** وهذا اي عدم الاجزاء المدلول عليه بقوله لم
يجزه الا عن يومه يعني اذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الاباحة لا يجوز من غير خلاف لانه قيل تجدد الحاجة بتجدد
اليوم الثاني فكان اطعام الطاعم اما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد اختلف فقيل لا يجوز ايضا الا عن يومه وذلك
وصحح في المحيط لان المجوز سد الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما اليوم مقامه فالصرف اليه بعده في يومه كاطعام
الطاعم فلا يجوز كما لا يجوز لو كان اطعاما حقيقة وكالدفع الى الغني بخلاف الدفع عن كفارة اخرى ودفع غيره من كفارة مثلها
لان المدفوع كالهالك بالنسبة اليها فان قيل لو كسى مسكينا واحدا عشرة اثواب في عشرة ايام حيث يجوز لتفرق الدفع مع عدم
تجدد الحاجة الى الثوب تجدد اليوم قلنا تجدد الحاجة الى الثوب يختلف باختلاف احوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم في الثوب

وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستأنف لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس لانه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق او الصوم فيقدم بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا لكل مسكين صاعا من بر اجزأه لا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزأه عنهما له ان بالمؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيعم النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر ومن وجبت عليه كفارة ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء

بغير الحاجة اليه فاقيم مضي الزمان مقامها لانها تجدد وادنى ذلك يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها وقيل يجزئه لان التمليك لما اقيم مقام حقيقة الاطعام وفرغ من ذلك نظر اليه من حيث انه تمليك والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المسكين فوع بالكاملة بالنسبة الى المدفوع ثانيا كما هو بالك بالنسبة الى دافع آخر وكفارة اخرى وحرف لا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة اذ الحال قيامها وربما يشعر اقتصار المتن بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره الا ان الاول احوط وتحقيق جوابه منع كون التمليك لما اقيم مقام الاطعام اعتبر ذاته من حيث هو تمليك بل يجب اعتباره من حيث هو اطعام لانه لما اقيم مقام الشيء اعتبرت فيه احكام ذلك الشيء واما ما يعتقده فعدم جواز التمليك كالاطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع انه معنى معارض لمعنى آخر وهو ما ذكرناه **قوله** وان قرب التي الخ الحاصل انه يجب تقديم الاطعام على المسيس فان قربها في خلاله لم يستأنف لانه تعالى ما شرط فيه ان يكون قبل المسيس ومن الاجمال المطلق على المقيد وان كانا في حادثة واحدة بعد ان يكونا حكمين والوجوب لم يثبت الا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس بيانه انه لو قدر على العتق او الصيام في خلال الاطعام او قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه فلو جوز للعاجز منهما التقرب قبل الاطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم ان يقع العتق بعد التماس والمفضي الى الممتنع ممتنع وفيه نظر فان القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله امر موهوم وباعتبار الامور الموهومة لا يثبت الاحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب ورجاء فالاولى الاستدلال بما ذكرنا اول الفصل من النص ولا يعلل بما ذكر **قوله** لمعنى في غيره هو توهم القدرة على العتق او الصوم لا يعدم المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالاطعام تحليل الوطء **قوله** عن ظهارين سواء كانا من امرأة او امرأتين **قوله** الخ حاصل الوجه انه وجد المقتضي للوقوع عنهما فيقع وذلك لان المقتضي للاجزاء عنهما صرف الملكية الى التجزي عن كفارتين الى المحل مقرونا بنية كونه عاملا عليه والكل ثابت فيلزمه حكمه وهو الاجزاء والجواب منع وجود المقتضي وانما يكون فيما لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لانها انما اعتبرت لتمييز بعض الاجناس عن بعض لاختلاف الاغراض باختلاف الاجناس فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لان الاغراض لا تختلف باعتباره فلا يعتبر فيقتضي فيه مطلق الظهار وبمجرده لا يلزم اكثر من واحد وكون المدفوع لكل مسكين اكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لان نصف الصاع ادنى المقادير لا تمتنع الزيادة عليه بل النقصان بخلاف ما اذا فرق الدفع او كانا جنسين وقد يقال اعتبارها للحاجة الى التمييز هو محتاج اليه في تخالف الجنس الواحد كما في الاجناس وقد ظهر اثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من انه لو اعتق عبدا على عن احد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم يبلغ حتى تحل وطء التي عينها ومن المتصور ظن انه ظاهر منها فاعتق ثم تبين انه ظاهر من غيرها لا يجزيه ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زينب فهنا ايضا يجب ان يلغو الثبوت بالعرض الصحيح في نية الظهارين وهو جلها معا اجيب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين فان محلها في الاطعام مائة وعشرون مسكينا بخلاف صورة الاعتاق ولهذا يعتبر اصل الجواب تسليم وجود المقتضي وادعاء المانع وهو رجوع انقطاع عن الطريق الاول اذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد ثم قد يقال عليه ان اعتبار الستين مائة وعشرين بالنظر الى كفارتين ليس بابعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة وباعتبار تجدد الحاجة والاتفاق على ان وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة

وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما فلا زفر وتجزيه عن ايهما شاء في الفصلين وقال الشافعي رحمه الله ان يجعل ذلك عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وعنه قول زفر رحمه الله اعتق عن كل ظهار نصف العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعينه واعتق عنهما لخروج الامر من يده وتعيين في الجنس المتحد غير مفيد فتلغو وفي الجنس المختلف مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد نظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر فانه لا بد فيه من التعيين والله اعلم

باب اللعان

الى كفارة اخرى فهو محتاج آخر بالنسبة اليهما فما وقع الامر قيام الحاجة بالنسبة الى كفارة اخرى **قوله** وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما هذا اذا كانت الرقبة مؤمنة فان كانت كافرة صح من الظهار لان الكافرة لا تصلح كفارة القتل فتعينت للظهار **قوله** في الفصلين بما صورتا اتحاد الجنس واختلافه **قوله** لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود وهو الستر اذ بنا اثر تلك الجناية جنس واحد ولذا حمل المطلق منها على المقيد في الاخرى **قوله** لخروج الامر من يده فانه وقع نفلا اذ لا يصح اعتاق نصف رقبة عن كفارة وبذلك خرج من يده امكان ان يجعله عن احدهما لانه بعدما وقع على وجه لا ينقلب الى غيره **قوله** فتلغو فاذا لغت بقي نية مطلق الظهار فله ان يعين ايهما شاء كما لو اطلقها في الابتداء **قوله** واختلاف الجنس الخ لما اختلف باختلاف الجنس واتحاده اجوبة المسائل اذا دار بين الاختلاف والاتحاد فما اختلف سببه فهو المختلف وما لا فالمتحد والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين اعني الوقتين حقيقة او حكما اما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعها بل الدلوك وهو من يوم غيره من آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للايام كلها بلياليها فكل يوم وان كان سببا لنوبة فكذا شهود الشهر فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سببان شهود الشهر وخصوص اليوم فباعتبار احد السببين لا يحتاج في نية قضائه الى تعيين يوم بعينه مثلا او يوم الاحد في الصلوات فان تعذر عليه معرفة يومي الظهرين يصلي اول ظهر عليه او آخر ظهر عليه ان لم يكن ساقطا الترتيب وقد اسلفناه في باب شروط الصلوة وكذا اشترط التعيين في اليومين من رمضانين فينوي عن رمضان الاول والثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومها بزمان يجمعها ولو نوى ظهرا وعصرا او ظهرا وصلوة الجنازة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الزحام بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع من النفل عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ترجيحا بالاقوى ولا يصير شارعا عند محمد رحمه الله اصلا للتنافي ولو نوى صوم القضاء والنفل والزكوة والتطوع او الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد رحمه الله لان النيتين لما بطلتا بالتعارض بقي مطلق النية وبها يصح النفل وعند ابي يوسف رحمه الله يقع عن الاقوى لان نية التطوع غير محتاج اليها فلغت فبقي نية القضاء ولو نوى حجة الاسلام والتطوع نوى عن حجة الاسلام اتفاقا عند ابي يوسف لما ذكرنا وعند محمد لانه لما بطلت الجهتان بالتعارض بقي مطلقا وبه تتعدى حجة الاسلام والله اعلم ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا وفي القياس يكون تطوعا وهو قول محمد لتدافع النيتين فصار كانه صام مطلقا وجه الاستحسان ان القضاء اقوى لانه حق الله تعالى على الخلوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين انه عن النذر لانه فعل في اصله وقد مشينا هذا في كتاب الصوم وذكرنا الزام محمد شرحه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع اليه فليكن هذا رواية عنه فيه هذا ومما يعكس على الاصل الممهد ما عن ابي يوسف رحمه الله في المنتقى لو تصدق بدرهم عن يمين وظهار فله ان يجعله عن احدهما استحسانا والله الموفق

باب اللعان هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والابعاد ويقال منه العلعن اي لعن نفسه ولاعن اذا فاعل غيره منه ورجل لعنة بفتح العين اذا كان كثير اللعن

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها ونفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن

لغيره ويكونها اذا لعنه الناس كثيرا قال الصنف اكرمه فان مهيته حق ولا تاك لغة للنزل وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالفاظ المعروفة سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو ايضا موجود فيها لانه في كلامها وذلك في كلامه وهو اسبق والسبق من اسباب الترجيح وشرطه قيام النكاح وما سيذكره وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد في الاجنبية وركنه ذلك المفهوم وحكمه حرمتها بعد التلاعن على سياتي واهله من كان اهلا للشهادة **قوله** اذا قذف الرجل امرأته بالزنا بان يقول انت زانية او رايتك تزنين او يا زانية هذا مذهب الجمهور وفي المشهور عن مالك لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد وهو قول الليث وعثمان البتي وقتيبة بن سعيد واستضعف بان الكل رمي بالزنا وهو السبب فلا فرق **قوله** وهما من اهل الشهادة اي من اهل ادائها عن المسلم فلا يجري اللعان بين الكافرين والمملوكين ولا اذا كان احدهما مملوكا او صبيا او مجنونا او محدودا في قذف واورد انه يجري بين الاعميين والفاسقين مع انه لا داء لهما ودفع بانهما من اهله الا انه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الاعمى بين المشهود له وعليه وهنا هو يقدر على ان الفصل بين نفسه وبين امرأته فيكون اهلا لهذه الشهادة دون غيرها وروى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه الله ان الاعمى لا يلاعن **قوله** ممن يحد قاذفها فلو كانت لا يحد قاذفها بان تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه او كان لها ولد وليس له اب معروف او زنت في عمرها ولو مرة او وطئت وطئا حراما بالشبهة ولو مرة لا يجري اللعان واورد انه فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل ايضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجري اللعان ايضا لان كانت ممن يحد قاذفها واجاب في النهاية بان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من احصانها حتى يقع مقام حد القذف وعند عدم احصانها قاذفها لا يكون موجبا شيئا لا حد القذف ولا اللعان اما قذف الرجل عند عدم احصانه فموجب ما هو الاصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم احصانه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن لا يحد قاذفه اذ الحد اصل اللعان فكان في معنى اللعان قال في شرح الكنز هذا خطأ فاحش لان من شرط اللعان ان يكونا من اهل الشهادة لانه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالزاني لا يخل بهذا الشرط لان اللعان يجري بين الفاسقين وانما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقام حد قذفها وهذا لان شرط اللعان ان تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن ممن يحد قاذفها لم يكن لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا في معنى يمتنع انتهى والحاصل ان المرأة هي المقذوفة ودونه فاختصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط اهلية الشهادة بخلافه لانه ليس بمقذوف وهو شاهد فاشترطت اهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه **قوله** والاصل اي الاصل في اشتراط اهلية الشهادة فيهما واشتراط كونهما مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها لان اللعان شهادات مؤكدات بالايمان فلذلك اشترطنا اهلية الشهادة فانه قائم مقام حد القذف في حقه لكان كاذبا اي قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها مقام حد الزنى في حقها ان كان صادقا **قوله** عندنا قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف فعند الشافعي رحمه الله اللعان ايمان موكدات بالشهادات وهو الظاهر من اقوال مالك واحمد رضي الله عنهما من كان اهلا لليمين وهو من يملك الطلاق فكل من يملكه فهو اهل له عنده فيجب اللعان من كل زوج عاقل وان كان كافرا او عبدا فهو قول مالك واحمد رضي الله عنهما وجه قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين الا ترى انه لو قال اشهد فهو يمين كان يمينا فحملنا المحتمل على المحكم لان حمله على حقيقته متعذر لان المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة

قائمة مقام حد القذف في حقه مقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف في جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يشترط احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد ملحق به ونفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به

الانسان لنفسه بخلاف يمينه وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فانه معهود في القسامة ولان الشهادة محلها الاثباتان واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهما بامر واحد فوجب الحمل بحقيقة احدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلت من الموجبين المذكورين فهذا التقرير يقتضي في حل مذهبه ان يقال ايمان موكدة بالايمان اليمان موكدة بالشهادة ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الامكان وقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم اثبت انهم شهداء لان الاستثناء من النفي اثبات وجعل الشهداء مجازا عن الحالفين يصير المعنى ولم يكن لهم حالفون الا انفسهم وهو غير مستقيم لانه يفيد انه لما لم يكن للذين يرمون ازواجهم من تحالف لهم يحلفون هم لانفسهم وهذا فرع تصور حلف الانسان لغيره وهو لا وجود له اصلا فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه الى مجازه فكيف وهو مجازي لها فلو لم يكن هذا كان امكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم العمل على اليمين فكيف وقد وجد صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله فقبول الشهادة لنفسه وتكرر الاداء لا عهد به قلنا وكل من الحلف لغيره والحلف لا يجب الحكم لا عهد به بل اليمين لدفع الحكم فان جاز لمن له ولاية الايجاد والاعدام والحكم كيف ما اراد شرعية هذين الامرين في محل بعينه ابتداء جاز له ايضا شرعية ذلك ابتداء ثم هو اقرب في القول لعقبية كون التعدد في ذلك المحل ارتجابا لا عما عجز عنه من اقامة شهود الزنا وهم اربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة فلهذا يثبت عند عدمها اعظم ثبوت قال الله تعالى شهد الله انه لا اله الا هو فغير بعيد ان يشرع عند ضعفها بواسطة تاكيدها باليمين والزام اللعنة والغضب وان كان كاذبا مع عدم ترتب موجبها في حق كل من الشاهدين اذ موجب الشهادة كل واحد اقامة الحد على الآخر وليس ذلك بثابت هنا بل الثابت عندهما هو الثابت بالايمان هو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر وانما قلنا عندهما ولم نقل بهما لان هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما واما قوله اليمين للنفي الخ فمحله ما اذا وقعت في انكار دعوى مدع والا فقد يحلف على اخبار بامر نفي او اثبات وهذا كذلك فانها على صدقه في الشهادة والحق انها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من احد قسمين فيما رماها به كما اذا جمع ايمانا على امر واحد تخييرية فان هذا هو حقيقة كونها موكدة للشهادة اذ لو اختلف متعلقهما لم يكن احدهما موكدا للآخر وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط اهلية الشهادة وعدمها

قوله قائمة مقام حد القذف في حقه اي بالنسبة الى كل زوجة على حدة لا مطلقا الا يرى انه لو قذف بكلمة او بكلمات اربع زوجات له بالزنى لا يجزيه لعان واحد لهن بل لا بد من ان يلاعن كلا منهن على حدة ولو كنا اجنبيات فقذفهن حد حدا واحدا لهن وسبب هذا الافتراق ان المقصود يحصل في اقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ولا يحصل ذلك في اللعان الا بالنسبة الى كل واحدة ويتعذر اجتماع الكل في كلمة **قوله** ويجب بنفي الولد عدم كونه منها او ولدها من غيره ويجب ارادة هذا الاطلاق فقوله في الغاية او نفي نسب ولدها المولود فراشه لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من غيره من ابيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه اجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز **قوله** ولا يعتبر احتمال الخ جواب عن مقدر تقديره ان النفي ليس بقذف لها بالزنا لاحتمال كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا اجاب بانه احتمال لا يعتبر لان النسب وان كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع انتفاء ثبوته الا من هذا الفراش القائم فاذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان

ويشترط طلبها لانه حقها اذ لا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص الا انه يبتدأ بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه ولا يكون الزوج حدا

قذفا ما لم يظهر خلافه ولم يظهر بعد وانما بقي فيه احتمال كونه في نفس الامر من غير زنا ولا عبرة به فان هذا الاحتمال قائم بعينه فيما اذا صرح بنسبته اي الى الزنا به ثم شبه بما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف يعني فانه يكون قذفا موجبا للحد وان كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح بخلاف ما في المحيط من انه اذا نفى الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال وفي النهاية والدراية جعلا هذا قول الشافعي ثم قال واجمعوا انه لو قال لاجنبية ليس هذا الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل انه من الزنا قال والقياس ما قاله الشافعي الا انا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم ان الولد ليس منه بان لم يقربها او عزل عنها حذرا بينا ولا يدري من اين هو يعني فيحتاج الى نفيه لانه لا يستحلف من ليس منه يقينا ولا يتمكن منه الا باللعان وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصرح في الهداية والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقرير قوله في الكتاب ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد الخ لانه يصير قاذفا بالاجماع مع وجود هذا الاحتمال كما في نفي اجنبي نسبه من ابيه المعروف ونقله من الايضاح والمبسوط ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية ثم اورد صورة الاجنبية مقيسا عليه له فقال كما لو قال لاجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لاجنبية وقوله لزوجته وهو تناقض ظاهر ومخالف لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالايضاح والمبسوط وغيرها وما في كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال ليست لابيك فانه يحد قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لانه يحتمل الحل والجماع لشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي ان يكون كذلك هنا يعني في نفي نسب ولد من زوجته اجيب عنه بانا جعلناه كالتصريح بالزنا للضرورة التي بينا ها قلت وعلى ما هو الحق فالجواب ان الجماع لا يستلزم الزنى بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررنا فانه يستلزمه **قوله** ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه اي اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها بخلاف ما اذا كان القذف بنفي الولد فان الشرط طلبه لاحتياجه الى نفي من ليس ولده عنه **قوله** فان امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وعند الشافعي رحمه الله اذا امتنع حده حد القذف وكذا اذا لاعن فامتنعت حده حد الزنا وعندنا تحبس حتى تلاعن او تصدقه ويرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب لان اللعان انما يجب اذا كذب كل الآخر فيما ادعاه والاوجه ونه القذف فهو سبب التكاذب فالتكاذب شرط وفي بعض النسخ فيرتفع السبب فهذا اذا اعترف بالقذف ولو انكر فاقامت بينة قبلت ولزمه اللعان وفي الجامع لو مات الشاهدان وغابا بعد ما عدلا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى بخلاف الوعميا او فسقا او ارتدا حيث يلاعن بينهما وفي بعض نسخ القدوري او تصدقه فيحد فهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق اربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدها لان قطع النسب انما ثبت حكما للعان لم يوجد وهو حق الولد فلا يصدق فان في ابطاله وجه قول الشافعي رضي الله عنه ان الواجب بالقذف مطلقا الحد لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم الا انه يتمكن من دفعه فيما اذا كانت المقذوفة زوجة باللعان تحقيقا عليه فاذا لم يدفعه به يحد ومثله في المرأة اذا لم تلاعن

او كافرا او محدودا في قذف فقذفه امرأته فعليه الحد لانه قذف لا اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية واللعان يختص بمن كان من اهل الشهادة وهي اما شهادة كافرة او محدودة في قذف او كانت صبية ولا يحد قاذفها بان كانت صبية لا يجوز لها الزنا فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وشرط الاحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كالاصل في الذمي وقوله عليه السلام اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت المملوك

بعده او وجب الزوج عليها اللعان باعانة فاذا لاعنت حدت للزنا ويشير اليه قوله تعالى ويدرؤا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم الى قوله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله فالواجب شهادة احدهم وقد عرف ان فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيرا فافاد ان الواجب في قذف النساء اللعان فاما ان يكون ناسخا او مخصصا لعموم ذلك العام للاجماع على انه ليس بمنسوخ وعلى التقديرين يلزم كون الحكم الثابت في قذف الزوجات انما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن ايفائه بل يحبس لايفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن ايفائه يعاقب ليوفيه والثابت عندنا انه بطريق النسخ لانه لم يقارن العام وهو مخصص اول وللعام بتاخره على ما روي انه صلعم قال للذي قذف امرأته بار بعة شهداء والا فحد على ظهرك فنزلت آية اللعان ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحد لجواز كونه الحبس اذا قام الدليل على ان اللعان هو الواجب وجب حمله عليه قيل واجب من الشافعي رضي الله عنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا فاسقا واعجب عنه انه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب واسقط به كل من الرجل والمرأة به الحد عن نفسه واوجب به الرجم الذي هو اغلظ الحدود على المرأة فان قال انما وجب عليها لنكولها بامتناعها من اللعان قلنا هو ايضا من ذلك العجب كون النكول اقرارا فيه شبهة والحد مما يندرئ بها مع انه غاية ما يكون بمنزلة الاقرار مرة ثم ان عنده هذه الشبهة اثرت في منع ايجاب المال مع انه ثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو اغلظ الحدود واصعب اثباتا واكثر شروطا وفي الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فحد هي وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج **قوله** او كافرا صورته ما اذا كان الزوجان كافرين فاسلمت هي فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه **قوله** فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات يعني الحد ولا تحرير في هذا الكلام لان يكون الموجب الاصلي هو الحد في حق العموم وقد جعل له ان يسقط باللعان كما قال الشافعي رحمه الله واما على ما قررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجوب في قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير اليه فيهن لانه مصير الى غير حكمه والدليل ينفيه والحق في التقرير ان يقال النص انما نسخ حكم الحد في حق من كان من اهل الشهادة من الازواج لا في كل زوج لان لفظة الناسخ ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم تفيد ذلك ويبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن اهلا فيعمل بمقتضاه **قوله** وان كان اي الزوج من اهل الشهادة وهي ليست من اهلها او من اهلها الا انها لا يحد قاذفها بان تكون قد زنت في عمرها ولا حد وللعان وهو ظاهر فيما اذا كانت لا يحد قاذفها اما اذا كانت ممن يحد قاذفها الا انها ليست من اهل الشهادة بان تكون عفيفة محدودة في قذف فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من اين يستلزم امتناع الحد والحال انها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج لم يسقط الحد عنه والجواب ان الزوج لما كان اهلا للعان بان كان اهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه الا اللعان لا الحد فاذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف ما اذا امتنع من جهة بعدم اهليته للشهادة فان حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا **قوله** والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم اربعة لا لعان بينهم اخرج ابن ماجة في سننه عن ابن عطاء عن ابيه

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ثم يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلونا من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه يأتي بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا

عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اربعة من النساء لا ملاعنة بينهم النصرانية تحت المسلم واليهودية تحت المسلم والمملوك تحت الحرة والحرة تحت المملوك واخرجه الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب واخرجه بالطريق الاول ايضا وقال وتابعه يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو ايضا ضعيف وروي عن الاوزاعي وابن جريج وهما امامان عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده من قوله ولم يرفعاه ثم اخرجه كذلك موقوفا ثم اخرجه عن عمار بن مطر عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته وانت علمت ان الضعيف اذا تعددت طرقه كانت حجة فهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الامامين اياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب على ان معنى الحديث المذكور ما يدل عليه آية اللعان على التقدير الذي ذكرناه من انها شهادات الخ **قوله** ولو كانا محدودين فعليه الحد لان امتناع اللعان بمعنى من جهته وكذا اذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين او مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة والكافرة لا يوجبه بخلاف قذف المحدودة اذا كانت عفيفة فانه لو قذفها اجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الكافرة والامة اجنبي لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين او مجنونين وعند الشافعي رحمه الله وغيره يلاعن في الكل لان كل من هو من اهل اليمين فهو اهل له الا اذا كان احدهما صغيرا او مجنونا قيل عليه كما ان امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها فكان ينبغي ان تراعى الجهتان فباعتبار جهته ينبغي ان ينتفي اللعان فقط وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد والجواب ان القذف لو جد ولامنه وهو مقتض فيه اللعان ان كان اهلا للشهادة والحد ان لم يكن وعدم اهليتها مانع ولا اعتبار للمانع الا بعد وجود المقتضي لان مفهوم المانعية تقتضي ذلك وحقيقة نسبته الى المقتضي بالمنع ولا وجود للمقتضي اللعان فلا يعتبر المانعية من جهتها للعان والحد انما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فان قذف الزوج موجب للحد **قوله** وصفة اللعان الخ ظاهر في تعينه كذلك حتى لو اخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعي واحمد رحمهما الله واشهب من المالكية وفي البدائع ينبغي ان يعتد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج ولا يصح الا بعد شهادته ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم يعد حتى تفرقا بينهما تقدف الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يرى ان اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ويقتضيه لزوم الاعادة كقول الشافعي رحمه الله لكن في الغاية لو بدأ بلعانها فقد اخطأ السنة ولا يجب اعادته وبه قال مالك رضي الله عنه وهو الوجه لان الشرع اعتبر الرمي بشهادة احدهم وشهادتها الدارية للحد عنها بقوله ويدرؤا عنها العذاب والاتي الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من انه عقب جملة الافعال للقيام الى الصلوة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره **ثم فرع** قذفها ثم لاعنها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف اجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد للاول ويسقط اللعان ولو طلبت

لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليهما الاشارة انقطع الاحتمال **قال** واذا لاعنها لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما وقال زفر رح تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولكنا نقول ثبوت الحرمة يبقى الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله فقال له امسكها فقال ان امسكتها فهي طالق ثلاثا فاله بعد اللعان تكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رح لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين

اللعان او لا يلاعن ثم يحد بخلاف حد وقذف اذا اجتمعت فانه يكتفى بحد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل ان اتزوجك او قد زنيت قبل ان اتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله وما في خزانة الاكمل من انه يلاعن في قوله زنيت قبل ان اتزوجك يحد في قوله قذفتك قبل ان اتزوجك او حد قذفها ثم زنت او وطيت بشبهة لا حد ولا لعان ويسقط اللعان بتوبتها ولو اسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم ابانها يسقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو اكذب نفسه بعد اللعان **قوله** لانه اقطع للاحتمال لاحتمال ان يضمر مرجعا للضمير الغائب هو غيرها بخلاف الخطاب وتقول هي ايضا انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا فالاولى ان يقيمها القاضي متقابلين ويقول له التعن **قوله** اذا انضمت اليه الاشارة يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لان المراد ان انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها **قوله** لا تقع الفرقة حتى لو مات احدهما قبل تفريق القاضي ورثه الآخر ولو زالت اهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بان اكذب نفسه او قذف احدهما انسانا فحد للقذف او وطيت هي وطيا محرما او خرس احدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لانه يرجى عود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة او طلقها او آلى منها صح لبقاء النكاح غير ان وطيها محرم كما سيعلم ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانهما تلتئما خطأ نفذ تفريقه عندنا وعند زفر ومعه الائمة لا ينفذ **قوله** بالحديث يشير به الى حديث المتلاعنان لا يجتمعان ابدا فانه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من ان ترتيب الحكم على مشتق يفيد ان مبدأ اشتقاقه علة له وسياتي الكلام على هذا الحديث وقال الشافعي رحمه الله بمجرد لعان الزوجة تثبت الفرقة بينهما ولا نعلم له في ذلك دليلا سوى ان وقوع الفرقة بمجرد لعانه الزوجة قيل وينبغي على هذا ان لا تلاعن المرأة اصلا لانها ليست زوجة والتمسك بمروي زفر انما يفيد حرمتها بلعانها لا بلعان احدهما وهذا لان حقيقة حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على التعاقب فتعذر ارادتها واقرب الاوقات الى الحقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول وليس بلازم من حرمتها وقوع الفرقة وما ذكروه من المعنى وهو انه لا يلتقيان بعد اللعن فليس بقطعي في ذلك بل ولا ظاهر بل يجوز حدوث الالفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع الفرقة بل يوجب عليه التسريح باحسان فانه بثبوت الحرمة فات الامساك بمعروف فيوسر بالتسريح باحسان كما فيما اذا ثبتت الحرمة بالظهار فانها اذا طالبته امره القاضي بالتسريح او التكفير الا ان الظلم هنا لا ينتهي بكل من الامرين بل بامر واحد هو الطلاق فينحصر امره فيه فاذا امتنع ناب منابه لانه نصب لدفع الظلم ويدل على هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر ان رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما والحق الولد بامه وما اخرجاه ايضا في حديث عويمر العجلاني لما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها عويمر ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الذي عنى المص بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك المتلاعنين الى آخره لكن الصواب ما علمت من ان القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين ورواه ابو داود وقال فيه فطلقها ثلاث تطليقات فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة قال سهل حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا قال البيهقي قال الشافعي رحمه الله عويمر حين طلقها ثلاثا كان جاهلا

وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال ابو يوسف رح هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا اتفق على التابيد فيهما
ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان

بان اللعان فرقة فصار كمن شهد العنين في السلف فهو يلزمه شرطا ولم يشرطا وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رض
تفريق حكم لا الفرقة الزوج وقال الزهري رحمه الله وهل فكانت سنة المتلاعنين اي الفرقة قال البيهقي رحمه الله والذي يدل على ذلك
ما اخرجه ابو داود رضي الله عنه في سننه عن ابن عباس رضي الله عنه في قصة هلال بن امية ولعانه قال وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان ليس لها عليه قوت ولا سكنى من اجل انهما يفترقان بغير طلاق ولا متوفى عنها واجيب بانه لو وقع الفرقة بمجرد اللعان لانكر عليه صلى الله
عليه وسلم تطليقه وقوله صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها انما هو انكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله قال
يا رسول الله مالي قال لا مال لك ان كنت صدقت عليها فهو بما استحللت من فرجها وان كنت كذبت عليها فذلك ابعد لك منها
فدل تقريره صلعم على وقوع الطلاق فلا يعارضه قول ابن عباس رضي الله عنهما من اجل انهما يفترقان بغير طلاق فانه من قوله وقد يقال
ليس هذا مما يكون ترك الانكار فيه حجة لانا لم ندع فيه انه محرم حتى تكون ترك الانكار حجة علينا انما ادعينا انه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات
اليه ويجاب بانه يستلزم مفسدة ح لان السكوت يفيد تقريره بانه الواقع فلو كان الواقع وقوع الفرقة قبله كان السكوت مفضيا الى المفسدة
لانه يفيد تقريره وقوعه الان فيستلزم فيما فرض عدم طلاقه او تاخيره الطلاق حتى افترض موت احدهما او تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق
القاضي ظن علمها فيجامعها قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر والواقع ان الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الافضاء الى مثل هذا فان
دفع بان المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا اذ الغرض بمجرد الفراغ عندنا يامره القاضي ان يطلق وان ابى طلق هو وذلك
في مثلها اندرنا ورقلنا ولو كان لا يجوز لانه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا والينا فحديث ابن عمر رض فانه قال فيه فانفذه رسول الله صلى الله
عليه وسلم يعني امضاء ذلك الطلاق وهو حجة على من قال ان الطلاق الثلاث لا يقع او يقع واحدة ثم هو اولى من حديث ابن عباس
رضي الله عنه لانه رفع امضاء صلعم الطلاق وذلك انما يكون بفهم اعتبار ذلك منه عليه السلام قوله وهو خاطب الخ يعني اذا اكذب نفسه
بعد اللعان مع التفريق وحد او لم يحد صار خاطبا من الخطاب يحل له تزوجها خلافا لابي يوسف ولو كذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح
كذا في النهاية ولو اكذب نفسه قبل اللعان نظر فان لطاقها قبل بالاكذاب وحدا ايضا وان ابانها ثم اكذب نفسه فلا حد ولا لعان لان اللعان اثره التفريق
بينهما وهو لا يتاتى بعد البينونة اي لحصوله بالابانة وهو لا يصح بدون كلمة لا يجب الحد لان قذفه وقع موجبا للعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد
لا يوجب حدين بخلاف اكذاب نفسه بعد اللعان لان حق المقذوف الذي تضمنه كلمات اللعان لا القذف الاول لانه اخذ حكمه من اللعان وكذا يحد شهود الزنا اذا رجعوا
التعنت شهادتهم نسبة الى الزنا وعلى هذا لو قال يا زانية انت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهي زوجة ثم بانت
ولو قال انت طالق ثلاثا يا زانية حد وكما تحل له باكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا اجنبيا بعده فحدت او قذف
هو اجنبيا فحد او قذفت او ارتد احدهما حتى خرج بذلك احدهما من ان يكون اهلا للشهادة لارتفاع السبب الذي لاجله افترق
المتلاعنان وهو على ما قالوا انه كيلا يتكرر اللعان بان يقذفها مرة اخرى وهو لم يشرع بين الزوجين الا مرة في العمر ويخلو القذف
عن الموجب في الدنيا فخروج احدهما عن الاهلية رفع الامن عن ذلك وقال ابو يوسف رحمه الله اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان
ابدا فتثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة فاذا كانت حرمة مابدة لا يكون طلاقا قابل فسخا ويلزم

ولو کان القذف بنفی الولد ففی القاضی نسبه والحقه بابیه وصورة اللعان یأمر الحاکم الرجل فیقول اشهد بالله انی لمن الصادقین فیما رمیتک به من نفی الولد وکذا فی جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفی الولد ذکر فی اللعان الامرین ثم ینفی القاضی نسب الولد ویلحقه بامه لما روی ان النبی علیه السلام نفی ولد امرأة هلال

علی قول ابی یوسف رحمه الله ان لا یتوقف علی تفریق القاضی لان الحرمة ثابتة قبل اتفاق وکذا الخلاف فی کون الزوجیة قائمة معها کما یکون بالظهار لو زالت فاذا فرض ان هذه الحرمة من حین تثبت تثبت مؤبدة لم یتصور توقفها علی تفریق القاضی واستدلوا بالحدیث المذکور فی الکتاب وروی الدارقطنی بسنده من حدیث ابن عمر عن النبی صلی الله علیه وسلم قال المتلاعنان اذا افترقا لا یجتمعان ابدا وقد طعن الشیخ ابوبکر الرازی فی ثبوته عن رسول الله صلی الله علیه وسلم لکن قال صاحب التنقیح اسناده جید ومفهوم شرطیة یستلزم انهما لا یفترقان بمجرد اللعان للتمانع فهو حجة علی الشافعی علی مقتضی زاده واخرجه الدارقطنی ایضا موقوفا علی علی وابن مسعود قالا مضت السنة وروی عبد الرزاق عن عمر وبن مسعود المتلاعنان لا یجتمعان جدوراه ابن ابی شیبة موقوفا علی عمر وبن عمر وان مسعود اجاب المص بقوله ولا یجتمعان ما داما متلاعنین ولم یبق التلاعن ولا حکمه یعنی ان الحکم فی هذه القضیة بعدم الاجتماع بشرط وصفیة الموضوع وهی القضیة المسماة بالمشروطة ولم یبقیا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنین فلم یبق اللعان حقیقة ولا حکمه بالاکذاب لنفسه لثبوت النسب ان کان القذف بنفی الولد ولزوم الحد وحکمه عدمه فقد انتفت اللوازم الشرعیة وذلک یستلزم انتفاء ملزومها شرعا فینتفی الحکم المذکور وهو عدم حل الاجتماع فیثبت نقیضه وهو حل الاجتماع وهذا بناء علی ان المراد بلفظ المتلاعنین من بینهما تلاعن قائم حکما لما قدمنا من ان ارادتها باعتبار قیام التلاعن حقیقة متعذر ولا شک انه یثبت قیام التلاعن حکما بتقدیر ان یراد من وجد بینهما لعان فی الخارج وعلی هذا التقدیر لا یجتمعان بعد الاکذاب اذا ارتفع حکمه وقطع اعتباره قالما شرعا عند الاکذاب لا یوجب ارتفاع کونه قد تحقق له وجود فی الخارج ولکن یبقی النظر فی ای الاحتمالین ارجح واظن ان الثانی اسرع الی الفهم والله اعلم واما ما استدل به من المعنی وهو لزوم العداوة والضغینة بحیث یمتنع حصول الانتظام فقد منا منعه وما ذکره بعضهم من ان سبب تابد الحرمة کون احدهما صار ملعونا او مغضوبا علیه مما یبعده عن الفقه اذ لا شک فی بقاء الاسلام کل منهما غیر انه صنع کبیرة تصح منها التوبة بفضل ذی الفضل جل جلاله وهذا القدر لا یمنع التناکح **قوله** ولو کان القذف بولد نفی القاضی نسبه والحقه بامه شرط هذا الحکم بان یکون العلوق فی حال یجری بینهما فیه اللعان حتی لو علق وهی کافرة او امة ثم اعتقت واسلمت فنفی نسب ولدها لا ینتفی ولا یلاعن لان انتفاءه انما یثبت شرعا حکما للعان ولا لعان بینهما ولان نسبه کان ثابتا علی وجه لا یمکن قطعه فلا ینقطع والله اعلم وفی الذخیرة لا یشرع اللعان بنفی الولد فی المجبوب والخصی ومن لا یولد له ولد لانه لا یلحق به الولد وفیه نظر لان المجبوب ینزل بالسحق وتثبت نسب ولده علی ما هو المختار ولا لعان فی القذف بنفی الولد فی نکاح فاسد وعند الشافعی واحمد رحمهما الله یجب اللعان به وکذا فی نفیه من وطء بشبهة وعند ابی یوسف فیها الحد واللعان لانه یلحقها بالنکاح الصحیح وفی الذخیرة قذفها بنفی ولدها ولم یلتقیا حتی قذفها اجنبی به فحد الاجنبی یثبت نسب الولد من الزوج ولا ینتفی بعد ذلک لانه لما حد قاذفها حکم بکذبه **قوله** وصورة اللعان ای فی القذف بنفی الولد **قوله** لما روی انه علیه السلام نفی نسب ولد امرأة هلال قیل غلط فانه لم یکن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنفی ولد وقیل المراد نسب ولدها الذی اتت به فانها حملت من الوطء الذی قذفها به والحدیث فی البخاری وابی داود یختلف الفاظهما وتتفق عن ابن عباس قال جاء هلال بن امیة من ارضه عشاء فوجد عند اهله رجلا فرای ذلک بعینیه وسمع باذنیه فلم یهجه حتی اصبح ثم غدا علی رسول الله صلی الله علیه وسلم فقال یا رسول الله انی جئت اهلی عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأیت بعینی وسمعت باذنی

بن امیة عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفی الولد فیوقر علیه مقصود

فکرہ رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم وما جاء بہ واستثقل علیہ فنزلت والذین یرمون ازواجہم ولم یکن لہم شہداء الا انفسہم الآیۃ فدعی عویمر رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم فقال لہ بشر یا ہلال فقد جعل اللہ لک فرجا ومخرجا قال ہلال قد کنت ارجو ذلک من ربی تعالی فقال رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم ارسلوا الیہا فجاءت فتلی علیہا رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم وذکر بہا واخبرہا ان عذاب الآخرۃ اشد من عذاب الدنیا وقال ہلال واللہ لقد صدقت علیہا فقالت کذب فقال رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم لاعنوا بینہما فشہد ہلال اربع شہادات باللہ انہ لمن الصادقین فلما کان الخامسۃ قیل لہ اتق اللہ فان عذاب الدنیا اہون من عذاب الآخرۃ وان ہذہ ہی الموجبۃ التی توجب علیک العقاب فقال واللہ لا یعذبنی اللہ علیہا کما لم یجلدنی اللہ علیہا فشہد الخامسۃ ان لعنۃ اللہ علیہ ان کان من الکاذبین ثم قیل لہا اشہدی فشہدت اربع شہادات باللہ انہ لمن الکاذبین فلما کانت الخامسۃ قیل لہا اتق اللہ فان عذاب الدنیا اہون من عذاب الآخرۃ وان ہذہ ہی الموجبۃ التی توجب علیک العقاب فتلکأت ساعۃ ثم قالت واللہ لا افضح قومی فشہدت الخامسۃ ان غضب اللہ علیہا ان کان من الصادقین ففرق رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم بینہما وقضی ان لا یدعی ولدہا لاب ولا ترمی ولا یرمی ولدہا ومن رماہا او رمی ولدہا فعلیہ الحد وقضی ان لا بیت لہا علیہ ولا قوت من اجل انہما یفترقان من غیر طلاق ولا متوفی عنہا وقال علیہ السلام ان جاءت بہ اصیہب ارفح او ورق فانی التیمیر خمس الساقین فہو لہلال وان جاءت بہ اورق جعدا جمالیا حدلج الساقین سابغ الالیتین فہو للذی رمیت بہ جاءت بہ اورق الی آخر الاوصاف الثانیۃ فقال علیہ السلام لولا الایمان لکان لی ولہا شان قال عکرمۃ وکان ولدہا بعد ذلک امیرا علی مصر وما یدعی لابیہ بزہ فی لفظ ابی داود وفی روایۃ اخری سائر الیوم لا افضح قومی وفی مسلم والنسائی عن انس ان ہلال بن امیۃ قذف امرأتہ بشریک بن سحماء وکان اخا البراء بن مالک لامہ وکان اول رجل لاعن فی الاسلام فقال صلعم انظروہا فان جاءت بہ ابیض سبطا وحمش العین فہو لہلال بن امیۃ وان جاءت بہ اکحل جعدا حمش الساقین فہو لشریک بن سحماء قال فاخبرت انہا جاءت بہ اکحل جعدا حمش الساقین فہذا وما قبلہ یدل علی انہا کانت حاملا وقطع نسب الولد التی تاتی بہ وفی سنن النسائی ایضا عن ابن عباس ان رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم لاعن بین العجلانی وامرأتہ وکانت حبلی واخرج عبد الرزاق ہکذا ایضا وقال زوجہا ما قربتہا منذ عقار النخل وعقار النخل انہا کانت لا یسمی بعد الآبار بشہرین فقال علیہ السلام اللہم بین فجاءت بولد علی وجہ المکروہ وروی ابن سعد فی الطبقات فی ترجمۃ عویمر عن عبد اللہ بن جعفر قال شہد عویمر بن الحارث العجلانی وقد رمی امرأتہ بشریک بن سحماء وانکر حملہا فلاعن بینہما رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم وہی حامل فرأیتہا یتلاعنان قائمین عند المنبر ثم ولدت فالحق الولد بالمرأۃ وجاءت بہ اشبہ الناس بشریک بن سحماء وکان عویمر قد لامہ قومہ وقالوا امرأۃ لا نعلم علیہا الا خیرا فلما جاء اشبہ بشریک عذر الناس وعاش المولود سنتین ثم مات وعاشت امہ بعدہ یسیرا وصار شریک بعد ذلک عند الناس بحال سوء قال الواقدی وحدثنی غیر الضحاک بن عثمان ان عویمر انساق الحدیث الی ان قال ولم یحد رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم عویمرا فی قذفہ شریک بن سحماء وشہد عویمر بن الحارث وشریک بن السحماء احد مع رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم ففی ہذا ان الولد عاش سنتین ومات ونسب ما فی قصۃ ہلال الی شریک الیہ ایضا فی قصۃ عویمر قیل ویجمع بینہما بانہما واقعتان وفی النفس منہ شیء وفی الصحیحین ایضا عن ابن عباس فی قصۃ ہلال فقال علیہ السلام اللہم بین فوضعت شبیہا بالذی ذکر وجہا انہ وجدہ عند اہلہ فلاعن رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم وفی ہذا ان اللعان

فيتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف ان القاضي يفرق بقول قد ورثته انه واخرجه من نسب الاب لانه يتضمنه فلا يرث من ذكر فان
[illegible] لانه لما لحقه ابن [illegible] فرق بحكمه لتضمنه وهو توريث
الولد لانه قد تبين انه لما يلاعن ولكن ثبت نسبه لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لانه يكذبه
فانها لو كانت بحيث تكذبه لا يلاعن لزوجها لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه لا يعلم
بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي وهذا لانه لا يجري من الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قذف الزوج ليس حرامها فلا لعان وهذا قول
ابي حنيفة وزفر لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يكن قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الكتاب
لان القضاء بقيام الحمل عندهما يتحقق القذف قائما اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كانه علق بالشرط فيصير كانه قال ان كان بك حمل فهي صادقة والقذف لا يصح تعليقه بالشرط قال لها زنيت
وهذا الحبل من الزنا لانه لا وجه [illegible] حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا

بينهما كان بعد الوضع وفي ذا تقدم خلافه وهذا التعارض **قوله** فيتضمنه القضاء الخ اي ثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق **قوله** وعن
ابي يوسف ان القاضي يفرق الخ اولا ثبت قطع النسب ضمنا للتفريق لانه اي التفريق باللعان **قوله** لانه ينفك عنه اي عن نفي الولد
كما لو مات الولد قبل اللعان فانه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ولو نفى نسب الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به **قوله**
فلا بد من ذكره حتى لو لم يقل لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة رضي الله عنه هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت ولده فيجد
ولو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وورثه الاب لامتياز الحي الى النسب ولو ترك بنتا ولها ابن فاكذب الملاعن نفسه ثبت عند
ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقيل الخلاف على العكس له ان الابن يعبر بانتفاء نسبه من امه كابيه فهو محتاج الى ثبوت نسبها **قوله** فان عاد
الزوج فاكذب نفسه اي بعد اللعان ونفى الولد **قوله** وهذا عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد على ما سبق **قوله** وكذلك ان قذف غيره الخ على
وزان افترائي زوال الاهلية بعد اللعان فالقذف بمجرد الزنا **قوله** وكذا اذا زنت فحدت قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم
فلا يتصور طلبها للزوج بل لمجرد ان تزني تخرج عن الاهلية ولذا اطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبة غيرها للزنا وهو معنى
القذف فيستقيم توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف وتوجيه تخفيفها ان يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت
فان حدها الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال اهلية الشهادة بطريق الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي
عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل اثره من الحرمة **قوله** ولو قذفها وهي ذمية
او مجنونة قذفا مقتصرا فلا لعان فكذا لو اسند القذف وهي ممن يحد قاذفها في الحال بان قال زنيت وانت صبية او مجنونة وجنونها
معهود لم يكن قذفا في الحال لان فعلها لا يوصف بالزنا بخلاف قوله زنيت وانت ذمية او منذ اربعين سنة وعمرها اقل من ذلك فانه
يقتصر **قوله** لانه اي اللعان تعلق بالصريح كحد القذف ولانه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة فلو قال حلفت مكان اشهد لا يجوز
ولا شهادة للاخرس في الاموال فهنا اولى وكذا اذا كانت خرسا لا لعان لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال انها تصدقه او لتعذر
الاتيان بلفظ الشهادة **قوله** وفيه خلاف للشافعي ومالك والظاهرية فقالوا عن بالاشارة عندهم اعتبره بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر
تصرفاته وقالوا ان امامة بنت ابي العاص اصمتت فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فاشارت اي نعم فرأوا انها وصية قلنا لم يثبت ذلك
ولو ثبتا فيجوز الوصية ممن اعتقل لسانه بالاشارة لا يستلزم جوازه هذه بها فلا يجوز اللعان لان الاشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندرئ
بها بخلاف غيره فانه يثبت معها **قوله** وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال احمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن ابي ليلى وابو ثور
رحمهم الله عنه بقولهما قال مالك وابو حنيفة رضي الله عنه اولا **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب الخ يعني وقت الوضع اذا وضعته
لاقل من ستة اشهر من وقت القذف ليتيقن بقيام الحمل عند القذف وذكر الطحاوي عن ابي يوسف انه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي
بحديث هلال بن امية انه عليه السلام لاعن بينهما وكان قذفها حاملا على ما يفيد القصة التي ذكرناها **قوله** يعير كالمعلق كانه قال لكان في
بطنك ولد فهو من الزنا ولو قاله لا يلزمه الحد وكذا ما بمعناه فان لم يكن حقيقة المعلق اذ بالولادة يظهر انه كان قذفا منجزا لكن فيه شبهة التعليق
اذ في كل موقوف شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا وشبهة التعليق كحقيقة فيما يندرئ بالشبهات وثبوت الشبهة

ولنا ان الاحكام لا تترتب عليه لا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل
ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب هذا
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة
النفاس لانه اثر الولادة وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتامل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو
قبوله التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي

امتنع لعاننا حاملا عندنا لان الحمل وان ترتب عليه احكام كردة المبيعة في الارث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفنا بمعنى
الحمل بل الزنا قال وحدث شريك بن سحماء على بطننا يريد في بناء وقوله عليه السلام انظروا فان جاءت به كذا الخ ما قدمنا فانظره كان اما لعلمه عليه السلام
بحملها من طريق الوحي او لان اللعان تاخر حتى ظهر الحمل وكذا الحكم احمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزي على ان كون لعانهما كان قبل
الوضع معارض بما قدمنا من الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد انه كان بعد وضعها وهو قوله فقال عليه السلام اللهم بين فوضعت شبيها بالذي ذكر
زوجها انه وجده عند اهله فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فلا يستدل باحدهما بعينه لان التعارض يوجب التوقف قوله ولنا ان الاحكام
لا تترتب عليه اي على الحمل الا بعد الولادة للاحتمال قبلها اذ يحتمل كونها نفخا او ناره وقد اخبرني بعض اهل علي عن بعض خواصها انها ظهر لها حبل واستمر الى
تسعة اشهر ولم يتحرك فيه شيء ثم هيئت له اسباب المولود ثم اصابها طلق وجلست الداية تحتها فلم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل
عصرة تجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد واما توريثه فالوصية به وله ولا يثبت له الا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل واما العتق فانه يقبل
التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى واما رد الجارية المبيعة للحمل فلان الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة وفي البدائع لا يقطع نسب الحمل قبل
وضعه بلا خلاف بين الاصحاب اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عندهما فلان الاحكام تثبت للولد لا للحمل وانما يثبت له اسم الولد بالانفصال ولهذا
يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال بخلاف الرد بالعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ويمتنع اللعان
بها لانه من قبيل الحد والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب قوله واذا نفى الرجل الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي
الولد وله شرطان متفق ومختلف فالمتفق ان لا يقبل التهنئة او لا يسكت عندها وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا وقد اوردناها
منظومة في كتاب النكاح الا في رواية عن محمد في ولد الامة اذا هنئ به فسكت لا يكون سكوته قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت
النسب الا بالدعوة فالحاجة الى الدعوة والسكوت ليس دعوة ونسب ولد المنكوحة ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي والمختلف فيه ان يقع النفي في
زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند ابي حنيفة رضي الله عنه ولو وقع نفي بعده انكان لم يقبل تهنئة لا ينتفي الا اذا كان فائتا على
ما سنذكر ثم لم يعين لها مقدارا في ظاهر الرواية وذكر ابو الليث عن ابي حنيفة رحمه الله تقديرها بثلاثة ايام وروى الحسن عنه سبعة لانها ايام
التهنئة وضعفه السرخسي لان نصب المقادير بالرأي متعذر وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لانها اثر الولادة فكان القياس ان لا يجوز النفي
الا على فور الولادة كقول الشافعي الا انا استحسنا جوازه تاخيره مدة يقع فيها التامل لان النفي يحتاج اليه كيلا يقع في نسب ولده او استلحاق غير ولده
وكلاهما حرامان قال عليه السلام حين نزلت آية الملاعنة ايما امرأة ادخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته
وايما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤس الاولين والآخرين رواه ابو داود والنسائي وفي الصحيحين عنه عليه السلام
من ادعى ابا في الاسلام غير ابيه وهو يعلم انه غير ابيه فالجنة عليه حرام والاتفاق على ان المدة اذا طالت لا يجوز النفي فجعل القصيرة مدة النفاس
لانها اثر الولادة وكذا احكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلوة والصوم والقربان فكانها فور الولادة وقال لا معنى لتعيين مدة اصلا
لانها للتامل والناس مختلفون فيه والاحوال ايضا مختلفة في افادته فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل
احسن الله بارك الله جزاك رزقك مثله او امن على دعاء المنهي او سكوته عندها او ابتياعه متاع الولادة او مضي ذلك الوقت وقد يقال

وكذا لو كان نفيا بما لو سرد فيه بالولادة تعتبر المدة التي ذكرنا على الاصلين قال وذلك لان الولد اعترف بالاول وانتفى من الثاني حيث نسبه الاول ثم اتوا بما لا يناقض الاول وهو واحد وحكم الزوج لانه الذي يعتبر فيه عدم الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يلاعن كذا ذكر في الكافي لانه قاذف بنفي الثاني ولم يوجد منه ولا يمكن ما سبق على الفرق فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال في رواية وفي الله اعلم من كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا

اعتبار معنى ذلك الوقت وما قبله بجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينافيه قوله لا معنى للتعيين اصلا **قوله** وان كان غائبا ما تقدم كان اذا كان حاضرا فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة وعن ابي يوسف ان قدم قبل ان تنتهي مدة الانفصال فله ان ينفيه الى اربعين يوما وان قدم بعدها فليس له ان ينفيه اصلا لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه الى تمام الاربعين عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد وذكر في غير رواية الاصول عن ابي يوسف رحمه الله اذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن وقال محمد لو نفاه بعد الحولين الى اربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه **قوله** لانهما اثنان هما اللذان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر **قوله** واحد الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وعلى هذا في اولاد ثلاثة اقر بالاول والثالث ونفى الثاني **قوله** والاقرار بالثانية وهو بالضم الاعتراف بالاول سابق على الاقرار بنفي الثاني حقيقة فصار كانه قال هي عفيفة ثم قذفها لايتال ثبوت نسب الاول معتبر باق بعد نفي الثاني فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفي الثاني وذلك يوجب الحد لانا نقول الحقيقة انقطاعه وثبوته امر حكمي والحد لا يحتاط في اثباته فكان اعتبار الحقيقي هنا متعينا لا الحكمي هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والاقرار بالثانية سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرا وهو غير مفهوم من اللفظ **فرع** لو نفاهما فمات احدهما او قتل قبل اللعان لزناه لانه لا يمكن نفي الميت لانتهائه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفي الحي لانه لا يفارقه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان ينفكان عن نفي الولد لانه مشروع لقطع النسب ويثبت النسب تبعا له ان امكن ولا يلاعن عند ابي يوسف رحمه الله لان القذف اوجب لعانا يقطع النسب على خلاف ما اوجب ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزم الولدان لان القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة فيثبت نسبه ومن ضرورة ثبوت نسب الاول واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ولدا لا حد عليه لانه صادق لثبوت نسبهما ولا يكون رجوعا لعدم الكذب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليهما لانه للتصريح بالرجوع ولو قال ليسا ابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى احدهما وذلك نفي للتبيين فليسا ولدا به من وجه فلم يكن قاذفا لهما مطلقا بل من وجه وفي النوادر ذكر الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان في امرأة جاءت بثلاثة اولاد فاقر بالاول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه فلو نفى الاول والثالث واقر بالثاني يحد وهم بنوه وكذا في ولد واحد اذا اقر به ونفاه ثم اقر به يلاعن ويلزمه لان الاقرار بثبوت نسبه بعين الحمل اقرار بالكل كمن قال يده او رجله مني واعلم ان ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب والحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكوة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا يجوز شهادة احدهما للآخر ولا صرف زكوة ماله اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله وان كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة اخرى لا يجوز للابن ان يتزوج تلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه الولد في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره وقع الاياس في ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من امه لا ينافيه والله اعلم ✦

باب العنين وغيره لما ذكر احكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق عقبها بذكر احكام تتعلق بهما من به مرض لا يصلح للنكاح والعنين

اجله الحاكم سنة فان وصل اليها فبها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رض وكان الحق ثابت لها في الوطي ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك وقدرناها بالسنة لانطوائها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

من لا يقدر على اتيان النساء قيام الآلة من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل ومن عن اذا مرض لان ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصد لاستر غائبه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين العنن ولا يقال بين العنة ولو كان يصل الى الثيب لا البكر لضعف الآلة او الى بعض النساء دون بعض لسحر او كبر سن فهو عنين بالنسبة الى من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها وما عن الهندواني يوتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم انه لا عنة به والا علم انه عنين لو اعتبر علم ذكره فلا يؤجل سنة لان التاجيل ليس الا ليعرف انه عنين على ما قالوا اذ لا فائدة فيه ان اجل مع ذلك لكن التاجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المحيط المدة قصيرة لا يمكن ادخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق انتهى ولو كان صغيرا جدا كالزبر فحكمه كالمجبوب **قوله** اجله الحاكم سنة اي من وقت الخصومة ولا يعتبر تاجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعد ما اجله بنى المدة على التاجيل الاول **قوله** هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود اما الرواية عن عمر فلها طرق فمنها طريق عبد الرزاق ثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين ان يؤجل سنة قال معمر وبلغني ان التاجيل من يوم يتخاصم وهكذا اخرجه ابن ابي شيبة ثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبي ان عمر بن الخطاب رض كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليك الحديث ورواه ابن ابي شيبة بسنده ان عمر اجل العنين سنة من يوم يرفع زاد في لفظ وقال ان اتاها والا فرق بينهما ولها الصداق كاملا ورواه محمد بن الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال ثنا اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب ان امرأة اتته فاخبرته ان زوجها لا يصل اليها فاجله حولا فلما انقضى حول ولم يصل اليها خيرها فاختارت نفسها ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة واما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق بسندهما وحديث ابن مسعود رضي الله عنه رواه ابن ابي شيبة بسنده عنه يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما ورواه ايضا عبد الرزاق والدارقطني وروى ابن ابي شيبة عن المغيرة بن شعبة انه اجل العنين سنة واخرج ابن ابي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم انهم قالوا يؤجل العنين سنة **قوله** ولا بد من معرفة لذلك اي معرفة لكون الامتناع لعلة معترضة او آفة اصلية في اصل الخلقة فقدرناها بالسنة لانها معرفة لذلك فانه ان كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها عن غلبة حرارة او برودة او رطوبة او يبوسة والسنة تشتمل على الفصول الاربعة وكل فصل باحد هذه الكيفيات فالصيف حار يابس والخريف بارد يابس وهو اردى الفصول والشتاء بارد رطب والربيع حار رطب فان كان مرضه عن احد هذه ثم علاجه في الفصل المضاد له فيه او من كيفيتين فيتم في مجموع فصلين متضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال **قوله** فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف ان ذلك بآفة اصلية وفيه نظر فان ظاهره ان موجب التفريق كونه من علة اصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك لآفة اصلية في الخلقة اذ المرض قد يمتد سنة وايضا ما له حكم العنين المسحور وتقضي السحر ما قد يمتد السنين وبمضي السنة يفرق بينهما اذا طلبت مع العلم بعدم الآفة الاصلية لعرفان العلم بانه يصل الى غيرها من النساء فالحق انا التفريق منوط اما بغلبة ظن عدم زواله لزمانه او للاصلية ومضي السنة مع عدم الوصول يوجب لذلك وهو عدم ايفاء حقها فقط باي طريق كان والسنة جعلت غاية في الصبر وايلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة اجلني يوما لا يجيبه الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت

كان لها من طلاقه التفريق حتما وتملك الفرقة تطليقة بائنة لان فعل القاضي اضيف الى فعل الزوج فكانه ملكها نفسه وقال الشافعي رح هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وانما تقع بائنة لان المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل الا بها لانها لو لم تكن بائنة تعود مخلية بالمراجعة ولها كامل مهرها ان كان خلا بها فان خلوة العنين صحيحة ويجب العدة لها من قبل

كان لها ذلك ويطلق لاجل لان السنة غاية في ايلاء العذر وقال لبيد لانبيه حين حضرته الوفاة سائلي ابنتاي ان عيشتي ابوهما ؛ وهل انا الا من ربيعة او مضر ؛ فتقوما وقولا بالذي قد علمتما ؛ ولا تخمشا وجها ولا تحلقا الشعر ؛ الى الحول ثم اسم السلام عليكما ؛ ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر **قوله** ولا بد من طلبها يعني اذا كانت حرة غير مراهقة فان كانت مراهقة فلا حق لها في الفرقة وان كانت امة فالطلب عند ابي يوسف رحمه الله لنا وعند ابي حنيفة رضي الله عنه لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل وقيل محمد مع ابي يوسف وقد مرت ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتاخير المرافعة قبل الاجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التاجيل مهما اخرت لان ذلك قد يكون للتجربة وترجي الوصول لا للرضا بالمقام على ذلك ابدا فلا يبطل حقها بالشك ولو وجدت كبيرة زوجها الصغيرة عنينا تنتظر بلوغه لان الصبي اثر في عدم الشهوة قال قاضي خان الغلام الذي بلغ اربع عشرة سنة ذا لم يصل الى امراته ويصل الى غيرها يوجل ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويوجل سنة لان المجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة لانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضي عنه خصما وفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين بينة على رضاها بعنته وجبه او على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق ولو نكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق لطلب الوكيل لم يذكره محمد واختلفوا فيه ولو اختلفا في الجب فادعته فانكره يريه رجلا فان امكن علمه بالحس من وراء ثوب لا يكشف عورته وان لم يتيقن بذلك الا بكشفها كشفها للضرورة ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد الفرقة الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل التفريق بخلافه في العنين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق ذكره في الغاية قال في شرح الكنز وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه الا يرى انها لو اقرت بعد التفريق انه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق انتهى لكن وجه التفرقة يبعد هذا البحث وهو ان للتفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان ثبوت النسب منه يثبت انه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقراره بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به متناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة ولو كانت زوجة العنين او المجبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل تنتظر بلوغها لاحتمال ان ترضى اذا بلغت واذا رضيت قبل التاجيل او بعده قبل انقضاء السنة او بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك لو كان الزوج يجامع ولا ينزل يخاف مائه ولم يكن لها طلب الفرقة **قوله** وتملك الفرقة تطليقة بائنة وهو قول مالك والثوري وغيرهما وقال الشافعي واحمد رضي الله عنه فسخ لانها من جهتها وقاس الماوردي على الفرقة بالجب قلنا بل من جهته فانه وجب عليه التسريح بالاحسان حين عجز عن الامساك بالمعروف فاذا امتنع كان ظالما فناب القاضي عنه فيه فيضاف فعله اليه والقياس على الجب ممنوع لان اثر الفرقة يسبب ايضا عندنا طلاق وقوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا اي النكاح الصحيح التام النافذ لا الاعم لانه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه فرقة بعد التمام فلا يقبله كما لا يقبل الفسخ بالاقالة وقد ذكرنا في رواية ابي حنيفة عن عمر رضي الله عنه انه جعلها تطليقة بائنة **قوله** ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز ان يمتنع من الوطء اختيارا لا تعنيتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لانها رضيت حيث

حين اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول اليها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة فتمر حلف بطل حقها وان نكل يؤجل سنة وان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن هي بكر اجل سنة لظهور كذبه وان قلن هي ثيب يحلف الزوج فان حلف لا حق لها وان نكل يؤجل سنة وان كان عجوبا فرق بينهما في الحال ان طلبت لانه لا فائدة في التاجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لان وطيه مرجو واذا اجل العنين سنة وقال قد جامعتها وانكرت نظر اليها النساء فان قلن هي بكر خيرت لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهي البكارة وان قلن هي ثيب حلف الزوج فان نكل خيرت لتايدها بالنكول وان حلف لا تخير وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فان اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لانها رضيت ببطلان حقها وفي التاجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

نكحته بعد العلم بالحال ولو تزوجت به اخرى عالمة بحاله ففي الاصل كذلك يكون رضا وعليه الفتوى وقيل لا يكون رضا لجواز تاميلها به ودفع بانه احتمال بعيد بعد ان لم يبرأ في اكثر من سنة فالظاهر لزومه وزمانه فيكون بالتزوج برضاية بالعيب **قوله** هذا اي هذا الذي ذكرنا من انها اذا طالبته بالفرقة اجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما اذا اعترف الزوج بعدم الوصول اليها في هذا النكاح وان تصادقا انه وصل اليها في نكاح قبله ثم طلقها لانه اذا وطيها في نكاح ثم ابانها ثم تزوجها ولم يصل اليها لها المطالبة بالفرقة فان اختلفا فادعى الوصول وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب **قوله** وان نكل اجل سنة سواء جعل النكول اقرارا او بدلا فكانه اقر بعدم الوصول **قوله** وان كانت بكرا يعني اذا انكر وكانت بكرا وقت النكاح لا تستحلف بل ترى النساء فان قلن هي بكر اجل سنة من غير احتياج الى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه وقوله فان قلن خرج على ما هو الاولى من ارسالهما امرتين ثم جعلهما جمعا والا فالواحدة العدلة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والنسائي حوط وطريق معرفة انها بكر ان يدفع في فرجها اصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير فتق فهي ثيب والا فبكر او تكسر وتسكب في فرجها فان دخل فثيب والا فبكر وقيل ان امكنها ان تبول على الجدار فبكر والا فثيب وان قلن ثيب ثبتت الثيوبة ولا يثبت وصوله اليها لان البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها غير ان القول قوله لو قالت زالت البكارة بالطبعة ونحوه فيحلف انه وصل اليها فان حلف تقرر النكاح وان نكل اجله سنة ثم فرق ان لم يصل اليها ثم اذا اجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول في السنة فعلى ما اذا اختلفا قبل التاجيل ان كانت بكرا نظر اليها فان قلن بكر خيرت للحال بين الاقامة والفرقة وان قلن ثيب حلف فان نكل خيرت وان حلف استقر النكاح وان كانت ثيبا في الاصل فاختلفا قبل التاجيل او بعده فالقول له وان حلف استقر النكاح ولو نكل اجل وخيرت بعده وفي موضع تخيير يعتبر المجلس كتخيير الزوج فان قامت من مجلسها قبل ان تختار نفسها او قامها اعوانه القاضي ولو بكرهه لزم النكاح لانه كان يمكنها اختيار نفسها قبل ان تقام فاذا اختارت نفسها امره القاضي ان يطلقها فان ابى فرق بينهما كذا ذكره محمد في الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى القضى كخيار المخيرة **قوله** لانه لا فائدة في التاجيل لانه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة بخلاف الخصي لان آلته قائمة وانما سلت خصيتاه او وجئ الموجي الذي رض خصيتاه قال بعض اهل الماشية انه تمرس الخصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يحبسا الى فوق الى ان يرتفعا الى ظهره فلا يعودا ويكون نشيطا كثير الجماع الا انه لا يحبل فالتوقع واقع فيؤجل كالعنين **قوله** واذا اجل العنين سنة فقال الخ قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التاجيل بالاختلاف قبله نعيده **فرع** الخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فان وصل اليها والا اجل كالعنين ذكره الحاكم وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء اعني المجبوب والخنثى والعنين وهي عالمة بحاله فلا خيار لها وان لم تكن عالمة بها فلها المطالبة بالفرقة **قوله** هو الصحيح صححه ايضا صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الائمة السرخسي وقاضي خان وظهير الدين من اعتبار الشمسية وهي رواية الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه وبا ضربت السنة الا لتوصل الى صلاح الطبع ودفع المانع فيجوز ان يوافق طبعه مدة زيادة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها وجه الاول ان الثابت عن الصحابة كعمر رضي الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وال الشرع انما يتعارفون للاشهر والسنين بالاهلة فاذا اطلقه السنة انصرف

يحتسب بايام الحيض وشهر رمضان لو جمع ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي لا يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا وطبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه السلام فر من المجذوم فرارك من الاسد

الى ذلك بما لم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية قيل احد عشر يوما وعن الحلواني الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم والقمرية ثلثمائة واربعة وخمسون كذا رايت في نسخة ورايت في اخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدس والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون وربع يوم الا جزءا من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة ايام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب والذي يظهر ان هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضي الله عنه حين كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه وكذا قول الراوي عن عمر في المراة التي اتت اليه فاجله حولا من غير تقييد في السنة والحول لم يرد الا بها لا بالهلالية هذا الذي تعرفه العرب واهل الشرع على ان الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي توارد عليه العرفان والله سبحانه اعلم **قوله** ويحتسب بايام الحيض اي يحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة **قوله** ولا تحتسب بمرضه ومرضها هكذا مطلقا وعن ابي يوسف اذا مرض احدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع فان كان اقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان اكثر لم يحتسب وعوض عنه لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه بالليل لا النهار وذلك نصفه وكذا النصف من كل شهر وهذا اصح الروايات عن ابي يوسف وفي رواية ان ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به وفي رواية ان مدة اكثرة سنة وفي رواية اكثر السنة وعن محمد لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه قيل عليه الفتوى فان حج او غاب هو احتسب عليه لان العجز صار بفعله ويمكنه ان يخرجها معه او يؤخر الحج والغيبة ولو كان محرما وقت الخصومة قال محمد يؤجل بعد احرامه فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا احجت هي او غابت لا تحتسب عليه لان العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض فان حبس الزوج ولو بحق او امتنعت من المجيء الى السجن لم تحتسب عليه فان لم يمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وان لم يكن موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم تحتسب ولو رافعته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافعة ان كان قادرا على الاعتاق وان كان عاجزا امهله شهري الكفارة ثم اجله فيتم تاجيله سنة وشهرين ولو ظاهر بعد التاجيل لم يلتفت الى ذلك ولم يزد على المدة **قوله** واذا كان بالزوجة عيب الخ الحاصل انه ليس لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بعيب في الآخر كائنا من كان عند ابي حنيفة رضي الله عنه وابي يوسف وهو قول عطا والنخعي وعمر بن عبد العزيز وابي زياد وابي قلابة وابن ابي ليلى والاوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري واتباعه في المبسوط انه مذهب علي وابن مسعود رضي الله عنهم وعند محمد لا خيار للزوج بعيب في المراة ولها هي الخيار فيه بعيب من الثلاثة الجنون والجذام والبرص قال الشافعي لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة وللزوج الخيار اذا كانت رتقاء او قرناء ايضا فله الخيار في خمسة عيوب ولها فيه في ثلاثة وهو قول مالك واحمد وقال الزهري وشريح وابو ثور ترد بجميع العيوب وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات والفعل من الاول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجن اذا اصيب بالجذام والجنون فهو مجذوم ومجنون ولا يقال اجذم ولا اجن ولا مجن وثلثة من اسماء المفعولين من افعل جاء على مفعول دون مفعل على غير قياس مجنون ومحزون من اخزنه الله ومحبوب من احبه الله وجاء على القياس في الثالث في قول عشرة ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة المحب المكرم

وكذا لان فوت الاستيفاء اصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلافه بهذه العيوب اولى وهذا لان الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل واذا كان بالزوج جنون او برص او جذام فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لانه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما ان الاصل عدم الخيار لما فيه من ابطال حق الزوج وانما يثبت في الجب والعنة لانهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا والله اعلم بالصواب

والفعل من البرص برص فهو ابرص وابرصه الله والرتق الالتحام والرتقاء الملتحمة والقرن في الفرج اما غدة عظيمة او عظم يمنع سلوك الذكر للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها وثلاثة اقيسة في بعضها اما النص فما روي انه عليه السلام رد للعيب قال للذي رأى بكشحها ودعها او بياضا الحقي باهلك فصار البرص منصوصا عليه فيلحق به الجذام والجنون يجامع انه ينفر منه الطبع وهذا الوصف وهو كونه منفرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس المعلل وهو المباعدة والفرارة فانه عليه السلام فر من المجذوم وفر من الاسد ويجعل الجذام منصوصا عليه في هذا الحديث لان الفرار يثبت بفسخ نكاحه والحديث رواه البخاري تعليقا عن ابي هريرة قال عليه السلام لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر وفر من المجذوم فرارك من الاسد ويقاس النكاح على البيع في انه يفسخ بهذه العيوب كهذا عيوب يفسخ بها البيع فليفسخ بها النكاح وقياسا على المجبوب يجامع المانع الحسي فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما قلنا اما الحديث الاول فلم يصح لانه من رواية جميل بن يزيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم كعب بن عجرة ولد اسمه زيد ولو سلم جاز ان يكون طلاقا فان لفظ الحقي باهلك من كنايات الطلاق واما الثاني فظاهر غير مراد للاتفاق على اباحة القرب منه وثياب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه واما القياس فمختلف فيه جوازا المقتضي او بشرطه فان المقتضي للفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجري المسامحة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عامة والنكاح ليس كذلك فان المال فيه تابع غير مقصود وانما شرع اظهارا لخطر المحل ولهذا اختلفت لذاته منها حتى اخبرناه على عبد وقرن غير موصوفين وصح مع عدم رؤية المرأة اصلا بخلاف البيع عنده ثم اذا رأى عندنا المبيع يثبت له خيار الرد بلا عيب وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وانف هائل او عقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به وفي البيع يفسخ بدون ذلك ولو نزلا بالبيع لم ينفذ وينعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية وعن القياس الثالث يمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز ان يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات الفروج الفاحشة والبخر الزائد وح اندفع قول محمد ان فحوى ذلك ما فيه يعطل عليها المقصد للوجه الاخير بخلافه هو اخذا وجدها كذلك لانه متمكن من ازالة الضرر عن نفسه بالطلاق ووجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه المتظلمة دفع اقيسة الشافعي ومن معه

قوله والثاني ان فوت الاستيفاء اصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ فاختلافه بهذه العيوب اولى ان لا يوجب الفسخ ونظر فيه بان النكاح موقت بحياتهما **قوله** وهذا اي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لان الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من وجه على الكمال والمستحق التمكن اي التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا **قوله** لانهما يخلان بالمقصود فان قيل جعل في المسئلة قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعل المقصد المشروع له النكاح حتى يتخير في الفسخ بالعيب وهذا تدافع اجيب بان الوطء له جهتان جهة كونه مقصودا باعتبار المقصد الذي شرع له النكاح وهو التوالد فانه لا يحصل الا به وجهة كونه ثمرة حيث يصح الرضيعة والايلاء فلو كان المقصد الم يجز النكاح هو لا وكما لم يجز استيجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما اذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الاصل من ان ازالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ لتمكنه من ازالته

باب العدة

واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا ووقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة من تحيض فعدتها ثلاثة اقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة اذا كانت بغير طلاق في سني الطلاق كان معدودا وجبت للفرقة عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة بعد الدخول بالنكاح وهذا يتحقق

به ومن الاستمتاع بغيرها وجهة المقصودية فيما اذا كانت به لانها لا تتمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره وعلى ما قررناه لا حاجة الى ذلك بل هو مطرد لا يختلف والله تعالى اعلم

باب العدة لما ترتب العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا اورد بها عقيب وجود الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان واحكام العنين وهي في اللغة الاحصار عددت الشيء عدة احصيته احصاء ويقال ايضا على المعدود في الشرع تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول او ما يقوم مقامه من الخلوة والموت وينبغي ان يزاد وشبهته بالجر عطفا على النكاح والتربص الانتظار اي انتظار انقضاء المدة بالتزوج بحقيقة ترك لزم شرعا للتزوج والزنية في مدة معينة شرعا ولا شك ان سببها النكاح او شبهته وزوال ذلك شرط فالاضافة في قولنا عدة الطلاق الى الشرط ولم يحص الزوال بالنكاح لعم الشبهة قالوا وركنها حرمات تثبت عند الفرقة وعند الشافعي رحمه الله الكف عنها وينبني على ذلك ان العدتين اذا وجبتا من رجلين يتداخلان وتنقضيان بمدة عندنا وعنده لا وعلى هذا ينبغي ان يقال في التعريف هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمات لانها لزومات والا فالتربص فعلها والحرمات احكام الله تعالى فلا تكون نفسه وعلى هذا قيل في حكمها انه حرمة لكل جنايته عليها وحرمة نكاح اختها واربع سواها عليه لا يصح لان الحرمات التي تثبت عند الفرقة تركنها بالفرض وحرمة تزوجها بغيره من تلك الحرمات نعم حرمة تزويجه بانتها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ولا شك انه معنى كونه هو ايضا في العدة لان معنى العدة وجوب الانتظار بالتزوج الى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة غير ان اسم العدة اصطلاحا خص بتربصها لا بتربصه ثم لزم مما ذكر ان لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه **قوله** اذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا او رجعيا وليس جبا في بعض النسخ ويشمل الطلاق الخلع واللعان خلافا لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة قيل وهو بناء على انها فسخ والحق انه خلاف ابتداء لما تقدم في باب الخلع من النقول وذلك لا يقتضي كون الفسخ مؤثرا في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة اقراء وفي الفسخ بخيار البلوغ وغيره خلافا لابن عباس في قوله عدة الملاعنة تسعة اشهر وقوله وهي حرة من تحيض يعني من تحقق حيضها لم يبلغ الاياس سواء كان تحيض الا حتى لو بلغت فرات الدم ثلاثة ايام ثم انقطع سنة او اكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل الاياس فتعتد بالاشهر بخلاف بالولم ترتشيا او رات اقل من ثلاثة ايام فانها تعتد بالاشهر **قوله** او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق من النكاح الفاسد والوطي بشبهة وقولنا فعدتها ثلاثة اقراء مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها مدة في ثلاثة اقراء لان الحرمات تتعلق في مدة الاقراء فكان الاصل ان ينتصب لانه ظرف زمان معرب واقع خبرا عن اسم معنى نحو السفر غدا لكنه اعتبر فيه الاطلاق المجازي اعني اطلاق العدة على نفس المدة ثم لا يخفى ان سبب العدة ما خوذ فيه تاكده بالدخول او ما يقوم مقامه كما ذكرنا وانما تركه المشهور ان الطلاق قبل الدخول لا يجب فيه العدة قال الله تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها **قوله** والفرقة اذا كانت الخ لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول الا الطلاق الحقه بالجامع وهو ان وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني يتناوله لكل

والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي هي الاطهار واللفظ حقيقة فيهما اذ هو من الاضداد كذا قال ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض اولى اما اولا بلفظ الجمع لانه لو حمل على الاطهار والطلاق يوقع في طهر يتجمعا

من غير موجب تركوا النكاح الى ان تحيض عند الطلاق بعد الدخول انه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي ان تجب لغيره ايضا وقد افاد المص فيما سيأتي انها ايضا تجب لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه وقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد تنفرد الثاني كما في عدة الآئسة بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يوسف عليه اذ لا الف ولا مودة فيه **قوله** والاقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الاطهار وقول الشافعي قول مالك ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وابي بن كعب ومعاذ بن جبل وابي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد بن ثابت وابي موسى الاشعري وزاد ابو داود والنسائي سعيدا بمعنى وما ذكرناه انه قول العبادلة بناء على انه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه النقل ومن رواه عنه الطحاوي وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة واسند الطحاوي الى قبيصة بن ذؤيب انه سمع زيد بن ثابت يقول عدة الامة حيضتان فعارض وايهم عن زيد ايضا وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسن بن حي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وابو عبيد واسحق واليه رجع احمد وقال محمد بن الحسن في موطأه ثنا عيسى بن ابي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كلهم قال الرجل احق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة وهذا الاطلاق منهم انما يصح اذا كانت الحيض لا الطهر اذ لا يطلقها في الحيض فاما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه يبتنى قولهم **قوله** اذ هو من الاضداد استدلال على كونه حقيقة فيهما وهذا على طريقة اهل الاصول والفقه من عدم التجوز باسم الضد في الضد وقد وضع بعض اهل المعقول من معرفات الاشتراك كون المفهومين متضادين اما على طريقة اهل الادب فيجوز فرض تلميح او تهكم كما تقابل للجبان اسد او تقابل كالبصير وعلى الاعمى الا انها بمعزل من افادات الاحكام الشرعية فلم يعتبر فيها واما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك ولكن انه لم يعم انما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة الى الاستدلال لعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل وهو محل النزاع ولو استدل عليه بتبادلهما والمتضادين كما استدل به على كونه حقيقة فيهما كان احسن لا يقال استدلاله على انه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك لانا نقول لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه لفظا لجواز التواطؤ والتشكيك لا يقال ليس محل النزاع كما ذكرت لتضادهما ولانا نقول انما وافق من قبل تعميم المشترك على تعميمه انه لا يمكن الجمع وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز ان يراد كل من الحيض والطهر فتبتدئ ثلاثة اطهار وثلث حيض انما يمتنع اذا اريد حقيقتهما في زمن واحد **قوله** والحمل على الحيض اولى اي دعوى الحقيقة في محل الخلاف واقعة على دليل انه كانه لعدم دليل معتمد لهم وذلك ان قولهم القرء بمعنى الطهر هو الذي اجتمع عليه وروده واما بمعنى الحيض فانما يجمع على اقراء وهو لا دليل عليها وكونه وقع في شعر الاعشى كذلك حيث قال ٥ افي كل عام انت جاشم غزوة تشد لاقصاها عزيم عزائكا ٥ مورثة عزا الى ايام رفعة ٥ لما نالها فيها من قرء نسائكا ٥ اي من اطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم عند الصلوة ايام اقرائك لا يوجبه فقد روى ابو داود والنسائي قوله عليه السلام لفاطمة بنت ابي حبيش فانظري فاذا اتاك قرؤك فلا تصلي فاذا مر قرؤك فتطهري وصلي وقال الراجز ٥ يا رب ذي ضغن وضب

الاولاد معرفة لبراءة الرحم وهو المقصود او لقوله عليه السلام وعدة الامة حيضتان فيلحق بيانا به

فارض قروء كقرء الحائض ويريد كحيض الحائض فان المعنى ان عدادته تجتمع فتصير كعدد الحائض على انه قد قيل في بيت الاعشى ان المراد نفس الزمان اي زمان الطهر فان قرء يقال للزمان لغة كثيرا واستدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم يطلقها ان شاء فتلك العدة التي امر الله ان يطلق بها النساء يعني بالامر قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لا يصح لانه بناء على ان اللام فيه بمعنى في وهو غير معهود في الاستعمال ويستلزم تقدم العدة على الطلاق ومقارنته له لاقتضائه وقوعه في وقت العدة وقراءة قبل عدتهن في صحيح مسلم تنفيه اذ افادت ان اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال في التاريخ باجماع العربية فرغ ثلث بقين وبخوه ويؤيده ما قال الطحاوي ان النبي صلى الله عليه وسلم خاطب ابن عمر بذلك ومذهب ابن عمر ان الاقراء الحيض فلم يفهم انها الاطهار وهذا على ما بيناه عنه في خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا وتمسكهم بتانيث العدد في قوله تعالى ثلثة قروء وهو يقتضي تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض فلو اريد الحيض لقيل ثلث قروء ليس بشيء لان الشيء اذا كان له اسمان مذكر كالبر والحنطة ولا تانيث حقيقي يونث عدده اذا اضيف الى اللفظ المذكر ويذكر اذا اضيف الى المونث وفي العربية اذا كان المعدود مونثا واللفظ مذكرا وبالعكس فوجهان وما نحن فيه كذلك فان للدم اسمين مذكرا وهو القرء ومونث وهو الحيض فحين اضيف الى المذكر انث وكذا على الاصل الآخر فان الدم مذكر والقرء مذكر فيونث عدده ثم ذكر المص في الترجيح ثلاثة اوجه الاول قوله عملا بلفظ الجمع الى العدد فانه منقطع جمع معنى لا صيغة او يريد الجمع الصيغي المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكمية اعني لفظ قروء المفيدة بثلاثة فانه منقطع عنه احتمالا ان يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات المجموع فكيف بالكمية التي ليست حقيقة الجمع وهي اللازمة من حمله على الاطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث اذا وقع في الطهر واللازم احداث قول ثالث اذ كل من قال انه الطهر قال يحتسب بالطهر الذي وقع فيه وهو نقص على التقدير القطعي الدلالة والثبوت بخلاف ما اذا حمل على الحيض فانه لو وقع الطلاق في الحيض لا يحتسب بتلك الحيضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز اذ لا يمكن التوصل الى حقيقة اقامة الواجب الا بها بخلاف طهرين وبعض الثالث فانه لم يتحقق فيه حقيقة اصلا لا يقال قد اريد بالعدد غير كمية المفادة به في قوله تعالى ان تستغفر لهم سبعين مرة لانا نقول لم يرد بالعدد عدد آخر سابين له بل مجرد التكثير واين هذا من ان يراد بسبعين مثلا ثمانون او مائة الثاني قوله ولانه اي الحيض هي المعرف بالذات لبراءة الرحم بخلاف الطهر لانه وان دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لانه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل اذ لو انسد به لم تحض عادة وكذا نص عليه السلام على ان مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا حين يستبرين بحيضة ولم يقل بطهر الثالث قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وتقدم في كتاب الطلاق تخريجه واسناد الشافعي فيه سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى ابي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر قال نكاح العبد امرأتين وتطلق تطليقتين وتعتد الامة حيضتين قال لم تكن تحيض فشهرين او شهر ونصفا وكذا رواه الدارقطني والاجماع على انها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلحق قوله تعالى ثلاثة قروء للاجماع الكائن بالاشتراك بيانا له ومن الادلة الظاهرة فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الى قوله فعدتهن ثلاثة اشهر اذ لا شك في ان الاعتداد بالاقراء اصل والاشهر خلف عنه انما يصار اليه عند عدمها فلما علق سبحانه تعالى المصير اليه بعدم الحيض دل على ان

ان كانت ممن لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية

هو المراد بالاقراء في الآية وكونه نعدم الطهر بعدم الحيض فالتعليق بعدم الحيض انما هو بعدم الطهر احتمال يقابل الظهور اذ الطاهر تعليق المصير الى الحلف بعدم عين الشرع اصلا لا بعدم شيء آخر يستلزمه فكان الاصل ان يقال واللائي يئسن من القرء فلما جاء بعنى قال تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم انه لا فائدة انه هو **فروع** تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بان وطيها وهي معتدة عالما بحرمتها بخلاف الوادعي الشبهة او كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة واذا كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها ان تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل نكاح اختها **قوله** وان كانت لا تحيض لصغر بان لم تبلغ بسن الحيض على الخلاف فيه واقله تسع على المختار او كبر بان بلغت سن الاياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة اشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر ذكر ان بعضهم لما نزلت آية القرء قالوا قد علمنا عدة التي تحيض فالتي لا تحيض لا ندري ما عدتها فانزل الله تعالى هذه الآية والمعنى ان ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فانها ثلاثة اشهر وقيل ان ارتبتم في الدم التي ترى ادمن بلغت سن الاياس هو حيض او فساد فعدتهن ثلاثة اشهر ثم قال المص وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية يعني قوله تعالى واللائي لم يحضن يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بان بلغت خمسة عشر سنة على قولهما وسبعة عشر سنة على قول ابي حنيفة ومالك رح ولم تحض اذا طلقت تعتد بالاشهر ايضا ثم ان وقع الطلاق في اول الشهر اعتدت بالاشهر الهلالية اتفاقا وان وقع في اثناء الشهر اعتبر كلها بالايام فلا تنقضي الا بتسعين يوما عند ابي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان في الاهلة والله اعلم ثم لا يخفى ما في كلام المص من عدم التحرير فانه جمع بين التي لا تحيض لصغر او كبر في الاعتداد بثلاثة اشهر واستدل على ذلك بقوله تعالى واللائي يئسن الآية ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر بحيث قال وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية ولا يخفى ان اخذها اعني قوله تعالى واللائي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة اشهر للتي لم تحض لصغر كما انه هو المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن والحاصل ان من كان طهرها اصليا فعدتها بالاشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض وان استمرت لا تحيض الى ثلثين سنة فعدتها ثلاثة اشهر وهي مراهقة او لم تبلغ الى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه انه تسع او سبع والاول اصح وعن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل انها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر حبلها من ذلك الوطء ام لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر وينبغي على هذا ان يحتسب بالاشهر التي وقفت لينظر حبلها اذا لم يظهر فانه ظهر بعدم الحبل ان تلك الاشهر كانت هي العدة وغاية الامر انها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراهقة في اثناء الاشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض هذا ومن ذكر انه تعتد بالاشهر المستحاضة التي نسيت عادتها وهو مما يبلغن فيقال مطلقة شابة ترى بالصلح حيضا من كل شهر وعدتها الاشهر لكن في التحقيق ليس عدتها الا بالحيض لكن لما نسيت عادتها جاز كونها اول كل شهر او آخره فاذا قدرت بثلاثة اشهر انها انها حاضت ثلاث حيض تيقن بخلاف التي لم تمس فانها ترد الى ايام عادتها فجاز كون عادتها اول الشهر فيخرج من العدة في خمسة او ستة من الثالث واعلم ان اطلاقهم الانقضاء بثلاثة اشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح الا فيما اذا طلقها اول الشهر اما لو طلقها بعد مضي شهر قدر ما يصلح حيضا ينبغي ان يعتبر ثلاثة اشهر غير باقي هذا الشهر والوجه ظاهر ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي خلت عادتها ثلاثة اشهر ثم اكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لانها غير مخاطبة بل يقولون تعتد

وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وان كانت ممن تحيض فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام
طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان ولان الرق منصف للحيضة لا يرى انها كانت مضافة حيضتين واليه اشار بقوله استطعت
البدل حيضة ونصفا وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لانه تعذر تنصيفه على الرق وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرا
لقوله تعالى يتربصن ازواجهن اربعة اشهر وعشرا وعدة الامة شهران وخمسة ايام لان الرق منصف

وفي المبسوط قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بان يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة غير مبنية على المدة فتخرج
على هذا الايوبي الى توجيه خطاب الشرع عليها ولا يخفى ان الاول قوله مبني على انها الحرمان او التزيين الواجب قلت قطع
تقدير كونها مبنية على المدة اليس ان فيها يجب ان لا تتزوج فالولي يخاطب بمنع التزويج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الائمة لا يستلزم
انتفاء قول الاول يخاطب الولي بان لا يزوجها فالجواب لا يلزم فانا اذا قلنا بانها المدة فالثابت فيها عدم صحة التزويج لا خطاب الولي
ومنع الشارع عدم الصحة لو فعل قوله وان كانت حاملا اي المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وان كانت امة والطلاق فيتناول الحمل
الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول بها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف بالحيض في رواية عنه وسنتين في مسئلة الصغير وفي المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين او من
قبل الراس سوى الراس انقضت المدة والبدن من المنكبين الى الالتيين وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها ان تضع حملها والمتوفى
عنها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور قوله وان كانت اي المطلقة امة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان
وعدتها حيضتان لان الرق منصف وقد تقدم توجيه في فصل الحرمات وغيره والحيضة لا تتجزى فكملت وثبوت الزيادة ضرورة التكميل واجب
لان فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفا وقوله اشار اليه عمر اي الى ان تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت الخ اخرج عبد الرزاق ثنا ابن جريج
عن عمرو بن دينار انه سمع عمرو بن اوس الثقفي يقول اخبرني رجل من ثقيف قال سمعت عمر بن الخطاب يقول لو استطعت ان يجعلها حيضة ونصف
فعلت فقال له رجل لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر ورواه الشافعي في مسنده وابن ابي شيبة في مصنفه ثنا سفيان بن عيينة عن عمرو
بن دينار ثنا في مسند عبد الرزاق ويشبه ان يكون سكوت عمر لعدم الالتفات الى قوله لانه كان يتكلم في ذات الاقراء والعدة بالاشهر
لا تكون الا لمن ليس منها فمشورة الرجل في غير محل الحكم المذكور واما اذا كانت الامة ممن تحيض من صغر او كبر فعدتها شهر ونصف لانه متجزئ فالمكاتبة
والمدبرة والمكاتبة وام الولد في الطلاق والفسخ كالامة قوله وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام سواء كانت مدخولا بها
او لا مسلمة او كتابية تحت مسلم صغيرة او كبيرة او آيسة وزوجها حر او عبد حاضت في هذه المدة او لم تحض ولم يظهر حبلها وعن بعض السلف
عدتها عزيمة عام ورخصة الاربعة الاشهر والعشرة الايام لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا الآية والجمهور على تسميتها بالعدة
الاشهر اعني ما كان من وجوب الايصاء والايقاف الى الحول وقال الاوزاعي اربعة اشهر وعشر ليال فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز فانه
من تذكير العدد اعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة
الا على زوج اربعة اشهر وعشرا فيجب كون المعدود الليالي والا لانثه قلت الاستعمال في مثله من ذكر عدد الليالي يدخل ما بازاء اسماء
الايام على ما عرف في التاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال السبع خلون مثلا ويراد كون عدة الايام كذلك وان كانت امة فشهران وخمسة
ايام على وزان ما تقدم ثم ابتداء المدة من الموت وعن علي رض من وقت علمها حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت اربعة اشهر وعشر انقضت العدة
بذلك عند الجمهور وعنده رض لا تنقضي حتى تمر عليها من حين علمت لان عليها الاحداد ولا يمكنها اقامته الا بالعلم قلنا فضاره ان يكون كالنائمة
ولم تحد حتى مضت المدة تخرج اتفاقا عن العدة على ان المقصود الاصلي منها عدم التزوج وقد وجد ومعنى العبادة تابع لما سيذكر ووجوبها

وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رضه من شاء باهلته ما نزلت سورة النساء القصرى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة وقال عمر رضه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها ان تتزوج واذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله ثلاث حيض ومعناه اذا كان الطلاق بائنا او ثلاثا اما اذا كان رجعيا فعليها عدة الوفات بالاجماع

على الكتابية تحت المسلم لو كذبه **قوله** وان كانت اي المتوفى عنها حاملا فعدتها ان تضع عرة اوامته كالمطلقة والمتاركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة اذا كانت حاملا كذلك لاطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن اكان سببه يقول لابد من الوضع والاربعة اشهر وعشر وهو قول ابن عباس لان هذه الآية توجب عليها العدة لوضع الحمل وقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يوجبها عليها فيجمع احتياطا وفي موطأ مالك عن سليمان بن يسار ان عبد الله بن عباس وابا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال فقال ابو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس آخر الاجلين فقال ابو هريرة انا مع ابن اخي يعني ابا سلمة فارسلوا كريبا مولى ابن عباس الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك فاخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت وفي الترمذي انها وضعت بعد وفاته بثلث وعشرين او خمسة وعشرين يوما واخرج البخاري عن ابن مسعود قال اتجعلون عليها التغليظ ولا تجعلون لها الرخصة من شاء باهلته نزلت سورة النساء القصرى بعد الطولى يريد بالقصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء والطولى البقرة والمباهلة الملاعنة كانوا اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا فقالوا بهلة الله على الظالم منا وقيل هي مشروعة في زماننا وقد ورد بلفظ الملاعنة اخرجه ابو داود والنسائي وابن ماجة بلفظ من شاء لاعنته نزلت سورة النساء القصرى بعد الاربعة اشهر وعشر واخرجه البزار بلفظ من شاء حالفته واسند عبد الله بن احمد بن حنبل في مسند ابيه عن ابي بن كعب قلت للنبي صلى الله عليه وسلم واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن المطلقة ثلاثا او المتوفى عنها زوجها فقال هي المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها وفيه المثنى بن صباح وهو متروك وقول عمر رواه في الموطأ عن نافع عن ابن عمر انه سئل عن المرأة التي توفي عنها زوجها وهي حامل فقال اذا وضعت حملها فقد حلت فاخبره رجل من الانصار ان عمر قال لو وضعت وزوجها على سريره ولم يدفن بعد لحلت وفيه رجل مجهول وفي الصحيحين من حديث عمر بن عبد الله بن الارقم انه دخل على سبيعة بنت الحارث الاسلمية فسألها عن حديثها فاخبرته انها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بني عامر بن لؤي وكان ممن شهد بدرا فتوفي عنها في حجة الوداع وهي حامل فلم تنشب ان وضعت حملها فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها ابو السنابل بن بعكك رجل من بني عبد الدار فقال لها لي اراك متجملة لعلك ترجين النكاح والله ما انت بناكحة حتى تمر عليك اربعة اشهر وعشر قالت قلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين امسيت فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فافتاني اني قد حللت حين وضعت حملي وامرني بالتزوج ان بدا لي وكلما كان الاعتداد بالوضع لا تنقضي العدة الا بوضع الكل فلو وضعت ولدا وفي بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها افتاني اني قد حللت حين وضعت يدفع قول من قال من السلف لا تحل حتى تنقضي مدة نفاسها كانهم اخذوه من قوله فلما تعلت من نفاسها قال لها انكحي من شئت رتب الاحلال على التعلي فيتراءى توقفه على الطهر فيتقيد به لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ولو تزوجت بعد الاشهر ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر من المدة ظهر فساد النكاح ويلحق بالميت **قوله** واذا ورثت المطلقة في المرض تتعلق بالمطلقة اي ورثت التي طلقت في المرض بان طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا وماتت وهي في العدة عدتها ابعد الاجلين اي الابعد من اربعة اشهر وعشر وثلث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلث حيض ولم تستكمل اربعة اشهر وعشرا لم تنقض عدتها حتى تستكملها وان مضت اربعة اشهر وعشر ولم تمض لها ثلث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي وان مكثت سنين ما لم تدخل سن الايآس

لابي يوسف لان النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمتها ثلث حيض وانما تجب عدة الوفات اذا زال النكاح في الوفات الا انه بقي
في حق الارث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لان النكاح باق من كل وجه وتها انه لما بقي في حق الارث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا
فيجمع بينهما ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فتعتد بها على حد الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالاجماع لان النكاح حينئذ ما اعتبر باقيا الى وقت
الموت في حق الارث لان المسلمة لا ترث من الكافر فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها الى عدة الحرائر لقيام
النكاح من كل وجه وان اعتقت وهي متزوجة او ستوفي عدة زوجها انتقل عدتها الى عدة الحرائر لزوال النكاح باليقين والموت

فتعتد بالاشهر اذا عرفت هذا فمن فسر البعد الاجلين بانها تعتد باربعة اشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر اذ لا يصدق الا اذا كانت الاربعة
اشهر وعشرا بعد من الثلث حيض وحقيقة الحال انه لا يدان يتربص الاجلين وهذا الحكم ثابت في صور احدها هذه والثانية اذا قال لزوجته
او زوجاته احداكن طالق بائن ومات قبل البيان فعلى كل واحدة الاعتداد بابعد الاجلين والوجه في احدها كان ابتداء العدة من وقت
البيان والثالثة ام الولد اذا مات زوجها وسيدها ولم يدر ايهما مات اولا علم ان بينهما شهرين وخمسة ايام فعدتها اربعة اشهر وخمسة ايام فصاعدا وسنفصلها ان شاء
الله تعالى ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة او ثلثا اما اذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه او في صحته بعد دخلت
في عدة الطلاق ثم مات الزوج فانها تنتقل عدتها الى عدة الوفات وترث بخلاف ما اذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لا تنتقل ولا ترث
بالاتفاق **قوله** لابي يوسف ان النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمتها ثلث حيض حكما ولهذا يلزم عدة الوفاة اذا انقطع بالموت
وليس فليس وانما بقي في حق الارث لاجماع الصحابة رد القصد بهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة بخلاف الرجعي
لان النكاح قائم من كل وجه وانما انقطع بالموت فيجب عدة الوفاة فيه **قوله** فيجمع بينهما اي بين عدة الطلاق والوفاة وذلك لانه
انقطع بالطلاق حقيقة وبالموت حكما اما الاول فيحصل من المسلمة انها انما قبل الموت وباعتباره تجب عدة الطلاق واما الثاني فلاعتبار
قيام النكاح عند الموت فان توريثها يستلزم ذلك ولانه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة
الوفاة فتجب عدة الوفاة لكن يقتضي قول ابي يوسف ان اعتباره قائما لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم ان يبقى في حق العدة وجوابه ان الارث
لا يثبت بالشك والعدة تثبت به فاذا بقي النكاح شرعا في حق الارث فلان يبقى في حق العدة اصلا مع ان الاصل ان الشيء
انما يثبت بلازمه وهذا هو معنى قول المص احتياطا **قوله** ولو قتل على ردته الخ جواب عن مقيس عليه مقدر لابي يوسف وهو انه لو ارتد
زوج المسلمة فمات او قتل على ردته ترثه زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لان زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة فكذا
هذا ورد الله بالطلاق بالموت فلا تجب عدة الموت فاجاب بمنع حكم الاصل اولا فقال لا نسلم انه لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها عليه اشار
الكرخي وما ذكرت بذلك فهو مبني على الخلاف فيلزمها الجمع بين العدتين والحيض فلا يصح به الالزام ولئن سلمنا ان لزوم الحيض اتفاقي
فالفرق ان توريثها وهو الحكم الثابت يفيد انه لم يعتبر النكاح شرعا قائما الى الموت لانه لو اعتبر كذلك لم ترث اذ لا ترث المسلم الكافر
فلزم العلم باعتبار استناد الارث الى وقت حدوث الردة اعتبارا للردة موتا حكما وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمان غير انه زال
اسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة **قوله** واذا اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت
عدتها الى عدة الحرائر فتكمل ثلث حيض لقيام النكاح من كل وجه اي بعد الطلاق الرجعي فلما اعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل
ملك الزوج عليها والعدة في الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلث حيض كذا في الكافي ووضع في شرح الكنز لفظ الطلاق
مكان لفظ العدة فقال والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ولا يخفى ان الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرأ كمال الملك
بعده بالعتق اللهم الا ان يحمل بقاؤه الحكمي حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت اجماعية لكن هي خلافية وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه في الاظهر واحمد
واسحاق والحسن والشعبي والضحاك وقال مالك وابو ثور لا يكمل عدتها في الرجعي والبائن عن الزهري وعطاء وقتادة تكمل ثلاثة من الحيض

وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستأنف العدة بالحيض ومعناه اذا رأت الدم على العادة كان موجودا

اعتبارا بقائه كابتدائه وجه قول مالك ان مجرد الطلاق لم يثبت عدة الاياس وشرطها وهو ورود الطلاق على امة عقيب نكاح متأكد فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة في كمية مخصوصة فالنكاح سبب العدة عند الطلاق فقط لا يفيد كمية خاصة اذ لا يعقل تأثير النكاح في خصوص كمية بل في مطلق التربص تعرفا وتأسفا وتقدير الكمية لحكمة اخرى سنذكرها عدة النكاح الفاسد وجه مسلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهي اربعة صورتها امة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت في اثنائها انتقلت الى حيضتين فلو اعتقت قبل حيضها صارت ثلث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى اربعة اشهر وعشر **قوله** وان كانت آئسة فاعتدت بالشهور يمكن كون كما تأتي اذا وجدت امرأة آئسة فاعتدت بالشهور **قوله** ثم رأت الدم بعد انقضاء الاشهر وفي خلالها انتقض ما مضى من عدتها وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة حتى لو كانت خلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرح به ويندرج في اطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذي ذكره في الكتاب بقوله لان عودها يبطل الاياس هو الصحيح فظهر انه لم يكن تحققا وعلله بان شرط الكائنية اي الكائنية الاعتداد بالاشهر عنه بالحيض تحقق الاياس بالنص وهو قوله تعالى اللائي يئسن من المحيض الآية فالاياس لا يتحقق الا باستدامة العجز الى الممات كالقدرة في حق الشيخ الفاني فاذا ظهر الدم ظهر عدم الكائنية فظهر عدم انقضاء العدة الا ان هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا وليس بل يلزم من وجوده بجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه اذا رأت الدم على العادة لانه ح ظاهر في انه ذلك المعتاد وهو لو لم يبطل الاياس ثم فسر بعضهم هذا بان تراه سائلا كثيرا جعله احترازا عما اذا رأت بلة يسيرة ونحوها وقيد ايضا بان يكون احمر او اسود خلو اصفر او اخضر او ترتيبه لا يكون حيضا ومنهم من لم تعرف فيه فقال معناه اذا رأته على العادة الجارية وهو يفيد انها اذا كانت عادتها قبل الاياس صفرة او كدرة فرأته كذلك كان حيضا فظهر عدم انقضاء العدة بالاشهر ثم الحق المص انقضاء العدة والاستيناف فاقتضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الاياس بمدة او لا وذكر في المحيط ان في ذلك روايتين في رواية لا تقدير فيه واياسها على هذه ان تبلغ من السن ما لا تحيض فيه مثلها فاذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بايآسها فان رأت بعد ذلك وما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الاشهر ويظهر فساد النكاح ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال وفي رواية تقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن وعليه اكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد انه قدره في الرومية بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين عنه بسبعين به قال الصفار وقال ابو الليث لو حاضت ثم انقطع عنها الدم تعتبر ستين سنة ولو كانت عادتها اثنا وخمسين انقطعت قبل ستين تأخذ بعادتها ومن بعد الستين لا تأخذ بها وقال لا تنقطع فما رأت الدم بعد ذلك وما لا يكون حيضا كالدم التي تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها وهذه العبارة تفيد انه لا يحتاج الى حكم القاضي بالاياس وكذا العبارة القائلة اذا بلغت المقدر يعني وانقطع حيضها حكم بايآسها فان رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا انما تقضي ان عند بلوغ المقدر وعدم الانقطاع يحكم به شرعا وقيل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالاشهر ويظهر فساد النكاح لان الحكم بالاياس بعد خمس وخمسين وما ذكر من الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص فاذا اتى المقدر وجد النص بخلاف الاجتهاد ويبطل كذا نقل بعضهم فهو يفيد كون الخلاف انما هو على رواية التقدير واما على رواية

يبطل الايأس هو فيهم وظاهره لم يكن خلافا لان شرط الخلف فيه تحقق اليأس وذلك بالسن والعلة كالمرضع وتحقق الخلف

عدمه فلا خلاف في الانتقاض وفي الغاية معتبرا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير ولو اعتدت بالاشهر
ثم رات الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا فثبت خلاف المشايخ على الروايتين في بعض العبارات يفيد ان عدم الانتقاض اذا حكم القاضي بالايأس وتقيد الانتقاض
بعدم حكمه فتح الخلاصة نقل من نوادر الصلوة عن محمد في العجوز الكبيرة اذا رات الدم مدة الحيض فهو حيض ثم فصل قول ابن مقاتل انها
محمولة على ما اذا لم يحكم بايأسها اما اذا انقطع وحكم بايأسها وهي ابنة سبعين سنة ونحوه فرات لا يكون حيضا وقال بعده بخطوط وطريق
التقضاء ان يدعي احد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضي القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالاشهر قال وكان
الشهيد يفتي بانها لو رات بعد ذلك وما يكون حيضا ويفتي ببطلان الاعتداد بالاشهر ان كانت رات الدم قبل تمام الاشهر وان كانت
رات بعد تمام الاعتداد بالاشهر لا تبطل الا انه قضى القاضي بجواز ذلك او لم يقض ثم ذكر الخلاف صريحا بينهما على ما قلنا ومن
مجموع النوازل الا انه اذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رات الدم يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ الا اذا قضى القاضي بجواز النكاح
ثم رات الدم لا يكون النكاح فاسدا ثم قال والاصح ان النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل العدة بالحيض انتهى فتحصل
في المسئلة اقوال على التقدير وعدمه وهي تنتقض اذا رات قبل انقضاء الاشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قد اتصل مدة الايأس
او لا حكم بالايأس او لا وهو ظاهر مختار المص من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا تنتقض كذلك اذا رات قبل تمام الاشهر وان كان بعدها
فلا تبطل فلا تنتقض الا انه قضى بالايأس او لا وهو قول الشهيد تنتقض ان لم يكن قضى ايأسها كما قلنا لا تنتقض ان كان حكم بايأسها وهو
ان يدعي فساد النكاح فيقضي بصحته وبانقضاء العدة وينتقض ان لم يكن حكم بالايأس والقول المصحح في النوازل انتقض في المستقبل
فلا تعتد الا بالحيض لا الماضي فلا تفسد الانكحة المباشرة عن الاعتداد بالاشهر واذا عرفت هذا فقول المص هو الصحيح احتراز من كل قول يخالف
اطلاق الانتقاض مطلقا كان او مفصلا مبني مختاره على اشتراط تحقق الايأس لخلفية الاشهر بالنص وان تحقق اليأس لا يكون الا باستدامة الانقطاع الى الممات لا شك
في الاول لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لا علم فيه دليلا سوى ما يتوهم من لفظ اليأس اذ يقتضي ذلك ولا شك
ان اليأس من مقولة الادراك فانه ليس الاعتقاد ان الشيء لا يقع ابدا اما انه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود
خلاف متعلقه فلا وكذا قد تحقق اليأس من الشيء ثم يوجد وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت آيسة من كذا ثم وجدته فانما يستدعي
سببا له وكونه بان ينعدم الحيض ويمتد وينتفي محامل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه وعلى هذا اذا رات بعد الايأس
لا تنتقض ما مضى ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالاشهر لوقوعه معتبر الوجود وشرطه ويبقى النظر بعد ذلك في انه هل ينقض فيما
يستقبل فلا تعتد الا بالحيض فيكون هذا ما صحح في مجموع النوازل او لا ينتقض فيما يستقبل ايضا كقول الصفار وغيره وهو مبني على
النظر فيما ترجح في هذا المرئي بعد الايأس هو حيض ام دم فاسد ولا تعلق له بالقضاء بالايأس وعدمه اذ القضاء لا يرفع وجود المسوسات
في المستقبل والوجه يقتضي الخلاف في المستقبل فلا ينتقض ما مضى لوجود الشرط وهو الايأس لوجود سببه وهو الانقطاع في
سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض وهو الخمس والخمسون وعدم مخائل كونه امتدادا للطهر ولا يجري في المستقبل الا الحيض لتحقق
الدم المتاوخ خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المتاد وقد علمت ان الايأس لا ينافيه فاذا تحقق اليأس تحقق حكمه

عليه

ولو حاضت حيضتين ثم آيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض
في الفرقة والموت لانها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض

واذا تحقق الحيض تحقق حكمه والله سبحانه اعلم واما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الاياس اذ لا ملازمة بينهما فثبت شرعا والمسئلة نصية لا قياسية نص يقال على تعليق الاعتداد بالاشهر عند الاياس فقد وجد فثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الاياس فثبت الاعتداد بالاقراء بالنص **قوله** ولو حاضت حيضتين ثم آيست بان بلغت سن الاياس عند الحيضتين او انقطع عندهما في سن لم تحض فيه امهاد انوثتها على ما ذكر الفقيه وقوله تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور انها تستانف العدة بالشهور واورد عليه ان المتوضئ اذا سبقه الحدث في الصلوة ولا ماء يتيمم ويبني وكذا لو صلى اول صلوته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء وهما يدلان لان اجيب بالمنع فليس الصلوة بالتيمم بدلا عنها بالوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء والجمع ان يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد وليست هنا كذلك بل رفع الحدث الاول بالماء ورفع الثاني بالتراب ولا الايماء خلف على الاركان لانه موجود فيهما وزيادة ولكن يسقط عن بعض ما لا يقدر عليه لعذر ويبقى البعض على حاله وبعض الشيء لا يكون خلفا عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفا عن نفسه فانما تكون الخلفية بشيء آخر **قوله** والمنكوحة نكاحا فاسدا وهي المنكوحة بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بانها متزوجة فان كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطيها لانه زنى واذا زنى بامرأة حل لزوجها وطيها وبه يفتى كذا في الذخيرة ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند ابي حنيفة رده خلافا لهما والموطوءة بشبهة كالتي زفت الى غير زوجها والموجودة ليلا على فراشه اذا ادعى الاشتباه **قوله** عدتها الحيض في الفرقة الكائنة بتفريق القاضي او عزم الواطئ على ترك وطيها والموت اي موت الواطئ وذلك لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا ومطلق اسم الزوج انما يقع على المتزوج بنكاح صحيح والعدة في حقها للتعرف لاظهار خطر النكاح باظهار التاسف على زواله غير ان الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب ان يكون على الوجه الذي هو ثابت في الصحيح ولذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء وانما وجبت في النكاح الصحيح ثلاثا لان المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل مما يجوز لانه مجتهد فيه وخروج الدم استحاضة فلا يقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا وغاية الامر انه مخالف للعادة بخلاف ما اذا تكرر في الاشهر فانه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيرا بالحيض او الاستحاضة مع الحمل بالنسبة الى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة بخلاف الاستبراء فان التعرف مقصود فيه لا على هذا الوجه فانه لم يتمحض له الا يرى انه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك ان فيه شائبة التعبد **قوله** واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض فان لم تحض فثلاثة اشهر يعني اذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته فان كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الاول وفي الثاني والثالث لا تجب عليها عدة المولى لعدم ظهور فراش المولى ولو مات زوجها ومولاها ولا يدري ايهما اول فاما ان يعلم ان بين موتيهما اقل من شهرين وخمسة ايام كائنا ما كان ذلك من يوم الى شهرين واربعة ايام او يعلم انه شهران وخمسة ايام فصاعدا او لا يعلم كم بينهما ففي الاول تعتد باربعة اشهر وعشرة لانه ان كان موت المولى اولا فلا عدة منه لانها ذات بعل ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لاربعة اشهر وعشر وان كان موت الزوج اولا لزمها شهران وخمسة ايام ثم

وقال الشافعي رح حيضة ولسنة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح

موت المولى قبل تمام عدتها موجب للعتق غير موجب للعدة لانها معتدة ولا تتغير بالانها تختص بفرقة الزوج فتيقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى وارتفع في الزوج بين كونها اربعة اشهر وعشرا وشهرين وخمسة ايام فوجب الاحتياط فلزمها اربعة اشهر وعشر وفي الثاني تجب ان تعتد بابعد الاجلين يعني تجمع بين اربعة اشهر وعشر وثلث حيض لان السيد ان كان مات اولا ثم مات الزوج فعليها اربعة اشهر وعشر لما قلنا وان كان الزوج مات اولا فعدتها شهران وخمسة ايام ثم موت السيد بعدها يوجب عليها عدة ثلث حيض لانها بعد انقضاء عدة الزوج فعلى تقدير عدتها اربعة اشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة ايام وثلاث حيض فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط ان تعتد باكثر ما يلزمها وفي الثالث كذلك عندهما لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه وعند ابي حنيفة تعتد باربعة اشهر وعشر فقط لاحتمال ان الزوج هو المتاخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور السبب لانه العمل باقوى الدليلين ولا يخفى انه يشترك الالزام **قوله** وقال الشافعي حيضة واحدة وهو قول مالك واحمد وقولهم قول ابن عمر وعائشة رض وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهري والاوزاعي واسحق انها تعتد باربعة اشهر وعشر وقولنا قول عمر وعلي رض وابن مسعود رض وعطاء والنخعي والثوري وعند الظاهرية لا استبراء على ام الولد وتتزوج ان شاءت اذا لم تكن حاملا وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الا القياس الجلي وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة وهذه المسئلة قياسية ولا شك انه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من امرين زوال ملك اليمين وزوال الفراش فقاسوا على الاول فكذا التربص يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء وقلنا تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلث حيض كالتربص في الطلاق وهذا ارجح لان العدة مما يحتاط في اثباتها فالقياس الموجب للاكثر واجب الاعتبار على ان التحقيق انه لا معارضة بينهما في ايجاب الزائد على الحيضة وذلك لان نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس الا تعدية حكم الاصل وهو وجوب التربص حيضة فقط وعدم وجوب الزائد بالعدم الاصلي لا انه مقتضاه فان اثر العلة فيه وفي كل قياس انما هو في تعدية حكم الاصل لا في غيره نفيا ولا اثباتا ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضي لوجوبه فاذا علمت هذا فايجاب الزائد على الحيضة بمقتضى القياس الذي عيناه ولا يقتضي نفيه ما عينوه فيسلم ايجابه عن المعارض وعلى هذا التحقيق فالمعارضة انما تثبت بين كل قياسين اذا لم يكن موجب احدهما بعض موجب الآخر وتثبت بطريق اللزوم لما قلنا من انه ليس من مقتضى العلة التعدية لغير حكم الاصل نفيا ولا اثباتا فاذا كان في الفرع حكمان بلا مانع احدهما يقتضي فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فانه يلزم من اثبات احدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر اللهم الا ان يجوز القياس والتعليل لنفي حكم فان النفي ح مقتضاه وفيه كلام في الاصول منهم من اختاره شرط كون العلة امرا عدميا والمحققون على نفيه لان العدم لا يؤثر شيئا وما وقع في الفقه بمظاهره التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لانه لم يوجب عليه المسلمون ونحوه فانما حقيقته بناء الحكم على العدم الاصلي بناء على انه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس لا ذلك وهو منتف في تلك الصورة فينتفي الخمس اي يبقى على عدمه الاصلي لا انه الحاق بجامع مؤثر بخلاف ما اذا كان موجب احدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه فان الجامعين يتظافران على اثبات ذلك البعض ويتغير واحد منهما باثبات امر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر

ثم اما منافيه عمر رض فانه قال عدة ام الولد ثلث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا ماتت الصغيرة عن ام ولده وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي لان الحمل ليس بثابت النسب بنفسه فصار كالحادث بعد الموت لهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة اوطالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه

قوله واما منا فيه عمر بن الخطاب رض روى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عيسى بن يونس عن الاوزاعي عن يحيى بن ابي كثير ان عمر بن الخطاب ام الولد اذا اعتقت ان تعتد ثلاث حيض وكتب الى عمر رض فكتب يحسن ايه فاما انه قال في الوفاة كذلك والله اعلم وليس يلزم من العدة ثلث حيض في العتق من شخص قوله به من الوفاة الا يرى الى ما ذكرناه عن عمر وبن العاص انه قال بها في العتق وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة ام الولد المتوفى عنها زوجها اربعة اشهر وعشر لكن قال الدارقطني وقبيصة لم يسمع من عمر رض فهو منقطع وهو عندنا غير ضائر اذ كان قبيصة ثقة وقد اخرج ابن ابي شيبة عن الحارث عن علي رض وعبد الله رض قالا ثلث حيض اما اذا ماتت عنها يعني ام الولد واخرجه عن ابراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحارث ضعيف الا ان غالب نقل المذاهب قد يخلو عن مثله والتحقيق انها مختلفة بين السلف وهو راجع الى اختلاف الرأي وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا **قوله** واذا ماتت الصبي عن امرأته وبها حبل احتراز عما اذا مات وظهر بها حبل بعد موته فانها تعتد بالشهور اتفاقا ثم معرفة ذلك ان تضع لاقل من ستة اشهر من موته في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند ابي حنيفة ومحمد رح فان وضعته لستة اشهر من موته فاكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل باربعة اشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه ان تلده لاكثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لان التقدير للحدوث باكثر من سنتين او سنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يكون ثبوته في الصبي فلا حاجة الى تأخير الحكم بالحدوث الى السنتين **قوله** وقال ابو يوسف عدتها اربعة اشهر وعشر وبه رواية عن ابي يوسف اذا لم يحك في الظاهر خلاف ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام فهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانها هي رواية عنه ولذا قال شمس الائمة وعن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي انتهى فاذا قال ابو يوسف في المطلقة جاءت بولد لاكثر من سنتين تعتد بوضعه مع انه منتفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانها هي رواية شاذة وهو قول مالك واحمد وهي رواية عن ابي حنيفة ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق اما المراهق فيجب ان يثبت النسب منه الا اذا لم يكن بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فاتت بولد غير سقط لاقل من ستة اشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا لا يعلم الحالة ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لانه لو علم لم يصح العقد عند ابي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلم فانه وان لم يصح لكن يجب من الوطء فيه العدة فانه بشبهة فيقع الخلاف في انها بالوضع او بالاشهر وحاصل تمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير بكذا حمل منفي النسب فلا يعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن من غير فصل بين كونه منه او من غيره ولانها اي عدة الوفاة في حق الحامل من وقت الموت مقدرة بوضع الحمل في اولات الاحمال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها اي شرع عدة الوفاة بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى وهو قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وان لم يكن الحمل منه كما يتحقق في الكبير والنسب منه وتلخيص هذا الوجه عنه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته ثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجامع انه لقضاء حق النكاح اظهار الخطر متعرضا فيه لالغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل عدمه ودليل

بعد الحمل بحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تنقلب بعد ثبوت الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقيدة بعدم الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها الحمل بعد الموت لان نسب ثبت ثم تكون كالقائم عند الموت حكما ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان العيسى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق ولان العدة مقدرة بثلث حيض كاملة فلا يتصور عدها اذا طلقت للحيض بشبهة فعليها عدة الحرة لما بينا ويكون باقراء المرأة من حيض تحتسب بها كما اذا انقضت العدة الاولى ثم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله حيضتان لان المقصود هو العبادة فانها لعبادة تجب عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصوم بين يومين والعدتان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتداخلتا ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون عبادة مع تركها الكف والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما مر الا من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر الامكان وابتداء

الالغاء شرع الاشهر مع تحقق الاقراء وبه يظهر فساد ما ذكره من صورة القياس فان حقيقته ليس الا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فانه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفى في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليته فضلا عن مساواته لكن لا يخفى ان كون الاعتداد بالوضع لبيان الانقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح وقد منا ان شرعيته لكل من الامرين فقد ينفرد احدهما وحينئذ فالاولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقة للقضاء فانه اذا ثبت الامر العام ثبت لكل خصوصياته فثبت كونها بوضع الحمل للنفي ايضا واعلم ان قول ابي حنيفة ومحمد في المسئلة التي استبعدنا بها قول ابي يوسف اعني المطلقة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين ان عدتها تنقضي من ستة اشهر على الوضع فيرجع بنفقتها ان كانت تعجلتها اضافة للحادث وهو الحمل الحادث اقرب زمانه **قوله** بخلاف الحمل الحادث شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف والحاصل انه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من ان تثبت العدة اذ ذاك والفرض ان لا حمل ح ليثبت بالوضع وعدمه فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع او بالاشهر من ضروريات العقد بعد العلم بما ذكرنا فعند عدمه والفرض ان العدة تثبت لا تتوقف فانها تثبت بالاشهر وبهذا لزم ان مراد الآية باولات الاحمال حالة الفرقة **قوله** ولا يلزم امرأة الكبير اذا حدث بها حبل بعد موته بان جاءت به لاقل من سنتين مع حدوثه في نفس الامر حيث تعتد بالوضع لا بالاشهر مع فرض حدوثه في نفس الامر واجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل التوافق بين الحكمي والواقع الا ان تحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى تيقن بحدوثه كان الحكم ان تعتد بالاشهر وعند التامل لا معنى لايراد الجواب عنه بما ذكر اصلا **قوله** ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي في الحادث بعد الموت وغيره لان العيسى لا ماء له فلا يتصور منه العلوق وقوله والنكاح يقوم مقامه اي مقام العلوق في موضع التصور لان الشيء انما يقدر تقديرا اذا امكن تصوره تحقيقا **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تحتسب بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لان العدة ثلاث حيض كوامل لانه يسمى الاسم في ثلثة قروء وقوله عليه السلام وعدتها حيضتان **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة من اجنبي او من الزوج ووافق الشافعي في احد قوليه فيما اذا كان الواطي المطلق والموطوءة بشبهة تحقق بصورتها التي زفت الى غير زوجها والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر او في العدة اذا قال ظننت انها تحل لي والتي طلقها بالكناية ثم وطيها في العدة او كانت في عدة فوطيها آخر بشبهة او في عصمة فوطيها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ففي هذه تجب عدتان وتتداخلان وهو قول مالك وعدمه قول الشافعي واحمد وما في الغاية من ان الشبهة في المطلقة بالطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا تثبت النسب في الاولى وان قال ظننت انها تحل لي واذا لم تثبت النسب لا يجب به العدة سيأتي رفعه في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ثم معنى التداخل جعل المرء عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان تامتان وتحتسب بهما من عدة الثاني وللآخر ان يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لانها في عدة ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله ان يراجعها اذا شاء ثم لم يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له ان يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه وكذا اذا كانت العدتان بالشهور قالوا والخلاف مبني

ولكن المقصود التعرف عن فراغ رحمه وقد حصل بالواحدة فتنتهي الحلال وتبقى العبادة تابع لا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف

على ان كون العدة ماذا عند الشافعي كف النفس عن الحرمات في مدة معينة فاذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان لان هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل انما التداخل لائق بالعقوبات الا ترى ان من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد وعندنا الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والتزوج فيما نحن فيه في زمان واحد باسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شربها نهارا للصائم ونحو ذلك ومعنى العبادة تابع بدليل انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ونحن نستأنف الكلام ونقول لا شك انه ثبت عند تمام سبب العدة امور هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة التزوج في مدة معينة تنتهي بهذه الحرمات بانتهائها ووجوب التربص في تلك المدة ايضا الثابت بقوله تعالى والمطلقات يتربصن مع ان هذا الوجوب لا بد ان يثبت لازما للحرمة بادنى تامل ومتعلق الوجوب ليس الا فعل الكف والتربص وان كان الانتظار فهو من افعال النفس فاذا اردنا تعيينه لم تر انسب به من كونه ترك تلك الحرمات الى انقضاء المدة وترك الشيء لا يخرج عن كونه كف النفس عنه او حبسا ومن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق وح يكون حاصل تربص نهيا عن تلك الامور لانه طلب كف عنها كما جعلوا ذروا البيع نهيا عنه فاذا ثبت تحريم هذه الامور ومن المعلوم ان لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة الا عند علمها بالسبب اذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم وبحكم هذه المقدمة وهي ان الحكم انما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب المقدمة القائلة ان الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم انها اذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت العدة خرجت عن العدة غير آثمة لان الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب بل غايته اصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في اصل الوجوب على ما عرف او علمته ثم لم تكف اي لم تتربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت الى حد الزنا الى ان تمت المدة خرجت عن العدة آثمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على ان معنى العبادة تابع كما قال المص بل الدليل على ذلك تحقيقها في حق من لا تصح العبادة منه فلا تجب عليه كالمجنونة والصغيرة فعلم ان تحقق العدة في الشرع بالاضافة انما هو لتعرف فراغ الرحم ولاظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذات الاقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ومعنى العبادة تابع وهو كف القادرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمات فلا شك ان العدة تطلق على كل من تلك الامور اما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه واما على نفس المدة ففي نحو قولنا انقضت العدة وما سنذكره ايضا واما على نفس الحرمات فيغير شرعا وعوانا انها الركن لكن الشأن في بيان ان مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا فالذي يفيده حقيقة نظم كتاب الله تعالى وهو قوله عز وجل فعدتهن ثلاثة اشهر انه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص وقوله تعالى يتربصن انما يفيد لزوم التربص لا انه مسمى لفظ العدة وقد قلنا ان كلا من الامور ثابت عند تمام سبب الكلام الآن ليس فيه واما قوله تعالى احلهن ان يضعن حملهن حتى يبلغ الكتاب اجله فاذا بلغن اجلهن فالاجل ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ثم الثابت بمضي هذا الاجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها فلا دليل فيه ايضا الا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص واما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فانما يقتضي ان المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم حقيقي الا ظاهرا وذلك لو لم يعارضه المنظم الشرعي فتلخص انه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل

والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا لما قلنا من قبل لا يمكن ابتداء العدة في الطلاق
عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فإن لم يعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لأن سبب وجوب العدة الطلاق
أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب وقد شائخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا للتهمة المواضعة والعدة
في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الولي على ترك وطئها وقال زفر من آخر الوطيات لأن الوطء هو السبب

وح نقول لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة وذلك
لأن العدة وقع تعلقت فيها حرمات يجب لها كف النفس عن متعلقاتها فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لأن
تداخلها واللازم مشترك وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاز لازمها التداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف على كون
ما هو المدعى على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب بحقيقته على وجه العبادة بل مطلقا إذ لا دليل يوجب كونه وجب إيجاده على ذلك الوجه
بل الدليل قائم على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها
آثمة مع أنه لم يتحقق العبادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على أنه عبادة نعم هو له عرضية أن يصير عبادة فإن البالغة
العاقلة إذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع نزوع النفس لذلك احتسابا لله وقصد الطاعة وقع ذلك عبادة لله تعالى لا أنه يجب
إيقاعه كذلك لما ذكرنا **قوله** والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها فلو لم تر فيها وما يجب أن
تعتد بعد الأشهر بثلاث حيض **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق لأن سبب وجوب العدة الطلاق تساهل فقد قدموا أن سببها
النكاح والطلاق شرط وأن الإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط فالأولى أن يقال لأن عدة الطلاق والموت تتم السبب فيستعقبها
من غير فصل فيكون ابتداء العدة من غير فصل بالضرورة **قوله** ومشائخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار
نفيا للتهمة المواضعة بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصح إقرار المريض لبناء الدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعا سواها
وإذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن يتحرى به مجال التهمة والناس
الذين هم مظانها ولذا فصل السغدي حيث قال ما ذكر محمد يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفقين
من الوقت الذي أسند الطلاق إليه أما إذا كانا مختلفين فالكذب في كلامها ظاهر فلا يصدق فإن في الإسناد قال محمد وعلى هذا إذا قالت
زنا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق ويعتبر عدتها من ذلك الوقت ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها
بالسقوط وعلى قول هؤلاء ينبغي أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها وقد عرف أن تقييده بالإقرار لقيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت
بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لأن ثبوتها بالبينة لا بالإقرار وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء إنما
إذا صدقته أما إذا كذبته في الإسناد فلا وكذا إذا قالت لا أدري والحكم في الفصول الثلاثة على قول المشائخ أن العدة من وقت الإقرار
ولا يصدق في الإسناد ثم المراد من قوله ومشائخنا مشائخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله عن مشائخ بلخ غير جيد ثم
فيه ترك لشرح الكتاب وإن كان غائبا فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة وإذا شكت في العدة اعتدت من الوقت
الذي يتيقن فيه بموته ولو جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البينة عليه وقضى القاضي
بالفرقة فالعدة من وقت القضاء ومن وقت الضرب ينبغي أن يكون من وقت الضرب ولو طلقها وأنكر فأقامت البينة فقضى بالطلاق
فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء **قوله** أو عزم الولي بأن أخبر بأنه ترك الوطء فإن الإخبار آخر ظاهر فيدار الحكم عليه ما آخر الوطيات
لا تعلم لاحتمال وجود آخر بعده وفي الخلاصة والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا يكون إلا بالقول لقوله تركتك وما يقوم

لو كان كل وطئ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد يقضى المتاركة لو التزم لاثبت العدة مع جواز
وجوده غيره لان الكل بوجه الشبهة اقيم مقام حقيقة الوطئ لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا ثبت العدة انقضت عدتين وكذا بدا التزوج كان القول قوله
مع اليمين لان البينة في ذلك تثبت بالكذب فتحلف كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها وعليها عدة
مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له عليها نصف المهر وعليها اتمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة واكمال العدة الاولى
انما يجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم ولدت منه فانه تنفسخ النكاح وكما انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثره
وهو العدة فاذا جددت النكاح وهي مقبوضة ثابت ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب الذي في يده يصير قابضا بعد العقد فوضح بهذا انه طلاق
بعد الدخول وقال زفر لا عدة عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب لجوابه ما قلنا واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها

مقاسة كتركتها وخليت سبيلها اما بعدم الجمع فلا اذ النية لا تكون متاركة لان لو عاد يعود ولو انكر نكاحها لا تكون متاركة **قوله** ولنا ان
كل وطئ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطئة الواحدة لاستناد الكل اي كل الوطيات الى حكم عقد واحد وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا اي
لاعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر كذلك تعددت المهور بتعدد الوطئ لما عرف فقبل المتاركة والعزم لم تثبت كل الوطيات لجواز
غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر انها اذا حاضت بعد الوطئ اي وطئ كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للازواج
فان تزوجت ظهر ان ذلك كان آخر الوطيات وان كان وطيها بعد ذلك عاد هذا التقدير فيقول ان تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت
حيضة لبث وطئة ثم قال عزمت على تركك احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتتزوج بعد حيضتين اخريين وعندنا لا يحتسب بها ولا يكون التمكن
من الوطئ على وجه الشبهة بسبب ذلك العقد اقيم مقام حقيقة الوطئ لخفاء الوطئ وسيس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره اي غير الوطئ وهو حلها
للازواج والخفي لا يعرف الحكم واذا اقيم مقام حقيقة الوطئ لا تثبت العدة ما دام التمكن على وجه الشبهة قائما ولا ينقطع التمكن كذلك الا بالتفريق
او بالمتاركة صريحا فلا تثبت العدة الا عندهما واختار ابو القاسم الصفار قول زفر ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشايخ
وهو الوجه انها لو تزوجت عالمة بانها حاضت ثلاث حيض بعد وطئة كان صحيحا فيما بينها وبين الله تعالى الا ان اشتراط كونها بعد الترك في انقضاء
فالقول قولها مع اليمين لا بد ان يكون محل هذا ما اذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذي قدمناه وهو شهران
عنده وتسعة وثلثون يوما عندهما لانه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها اصلا **قوله** كالمودع اذا ادعى الوديعة والهلاك وانكر المودع فالقول
قول مدعي الرد مع ان عليه اليمين اذا كذبه وعكس هذه المسئلة اذا قال الزوج انبتني ان عدتها قد انقضت فان كان في مدة لا تنقضي في
مثلها لا يقبل قوله ولا قولها الا ان يبين ما يحتمل من اسقاط مستوفي الحق فيقبل قولها ولو كان في مدة تحتمل فكذبته لم تسقط نفقتها وله ان يتزوج باختها لانه
امر يقبل قوله فيه **قوله** واذا طلق الرجل امرأته الرجعية طلاقا بائنا دون الثلث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعدة مستقبلة عند ابي حنيفة
وقال زفر نصف المهر والمتعة ان لم يكن سمى فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الاولى وقال محمد لها نصفه او المتعة وعليها
تمام العدة الاولى لزفر ان العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب عدة بعد الطلاق الثاني ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول
كذلك غير ان كمال العدة الاولى وجبت بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه **قوله** كما لو
اشترى ام ولده اي زوجته التي هي ام ولده اذا كانت امة فانه تنفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطيها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر
غير ان هنا تجب عليها عدة اخرى لانها ام ولد اعتقت وتدخل العدتان فيجب عليها الاحداد الى ان تذهب عدة النكاح وهي حيضتان
من وقت الشراء لا لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيها شيء من الحيضة الاخرى لانها عدة ام الولد اعتقت وكذا لو طلقها طلقة بائنة ثم
اشتراها ثم اعتقها ولها ولد منه او ولد لها منه فانه تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطيها فاذا زال
بالعتق ظهر حتى تجب عليها تمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعها
وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو كان تزوجها قبل ان تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة عن الطلاق وفي ذلك اشتباه
النسب وفيما ذكرنا **قوله** ولهما ان الوطئ قبض فهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطئة الاولى وبقي اثر هذا القبض بقيام العدة اذ هي اثره فاذا جدد النكاح

وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذا كله عند ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في كتاب النكاح وقول ابي حنيفة رح فيما اذا كان معتقدهم انه لا عدة عليهما ظاهر لما قلنا وله رح وجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا اجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ليس بأهل لحقوق العباد حتى كان محلا للتملك الا ان تكون حاملا كان في بطنها ولد ثابت النسب وعن ابي حنيفة رح انه يجوز نكاحها ارضاعا لا يجب من الزوج اذا كان اجنبيا

او حال قبل قبضها ثابت قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر وكان بمجرد العقد قابضا كالغاصب اذا اشترى المغصوب وهو في يده بالغصب ثابت ملك القبض من التسليم المستأنف ولا يقال يجب بذا ان يملك الرجعة لان الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو منتف لانا نقول نحن جعلنا النكاح الثاني قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استيناف العدة للاحتياط فلا يلزم منه اقامته مقامه في حق جميع الاحكام والا كان اقامته في حق ترك الاحتياط لان الاحتياط في انقطاع الرجعة الا يرى ان صريح الطلاق بعد الخلوة لا يشبهه ان الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة فعلم بهذا انه لم يلزم من اقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين اقامته مقامه في ثبوت الرجعة بصريح الطلاق وهذه احدى المسائل المبنية على هذه الاصل وهو ان الدخول في النكاح الاول دخول في الثاني اولا وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندنا ولو كان على القلب بان تزوجها صحيحا اولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام العدة الاولى بالاتفاق والفرق لهما انه لا يتمكن من الوطي في الفاسد فلا يجعل واطيا حكما لعدم الامكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطيا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة فيه ولا عليه المهر وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول بل يكون فارا ام لا رابعها لو تزوجت بغير كفوء ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الاولى ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر ففرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلة عندهما استحسانا وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها تمام العدة الاولى وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول وسادسها تزوجها صغيرة ولم يدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وسابعها تزوجها ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت ثم اسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها ثانيا ثم تزوجها ثم دخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول وثامنها تزوجها ثم دخل بها ثم اعتقت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول وعاشرها تزوجها ثم دخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم اعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول **قوله** واذا طلق الذمي الذمية او مات عنها فلا عدة عليها فلا تتزوجها مسلم او ذمي في فور طلاقها جاز وهذا اذا كانت لا تجب في معتقدهم بخلاف ما اذا طلقها المسلم او مات عنها فان عليها العدة بالاتفاق لانها حقه ومعتقده **قوله** وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة ليس لتبديل المغتربان تصير بحيث لا يمكن من العود اما لخروجها مسلمة او ذمية او مستأمنة ثم اسلمت او صارت ذمية لا عدة عليها فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وعنه لا يطأها الزوج حتى يستبرئها بحيضة وعنه لا يتزوجها الا بعد الاستبراء وقالا عليها اي الحربية التي خرجت مهاجرة العدة وعلى الذمية العدة اما الذمية فالخلاف فيها نظير الخلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح اي الاختلاف المشبه وهو غير المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح اهل الشرك واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذا في دينهم جائز او المراد كل من الاختلافين اما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لمسلمة في دار الاسلام لو وقعت بسبب آخر غير التباين في دار الاسلام كالمطاوعة والموت والطلاق وجبت العدة فكذا بسبب التباين وانما قيدنا بالمسلمة لتتميم خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل تخصيص الخارجة مسلمة ولو لم تخص منها لم تظهر الملازمة عليه لانه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمي ذمية اذا كانوا يدينون ذلك **قوله** بخلاف ما اذا هاجر الزوج مسلما او ذميا او مستأمنا ثم صار مسلما او ذميا وتركها فانه لا عدة عليها هناك اجماعا حتى جاز له ان يتزوج اختها او اربعا سواها كما دخل دار الاسلام بعد تبليغ الاحكام لها في دار الحرب لا لانها غيب مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح اهل الشرك انها حق الآدمي فيخاطب بها **قوله** وله قوله تعالى و

فصل قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا واما المبتوتة فلما

ولا جناح عليكم ان تنكحوهن بعد قوله تعالى اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات والزيادة على النص لا تجوز بالنظم وقوله تعالى يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء في المطلقات فالحق التباين بالطلاق قياسا يفيده بابعد العدة ولا تجوز الزيادة بالقياس هذا والكتابية كالمسلمة تعتد كالمسلمة والخلوة الصحيحة في النكاح الفاسد لا يجب معها العدة عند الفرقة كما لا تجب معها المهر لان التسليم لا يجب لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ولا اشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح واما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح فان لم يمكن الوطء مع المانع كالحيض والاحرام ونحو ذلك تجب العدة فان لم تجب كمال المهر وان اعتبر فالعدم الدخول لانها حق الشرع والولد فلا يفيد قال في خزانة الاكمال غير هذا وقد مر في باب المهر ان هذا قول القدوري ومن تبعه ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة وعدة المستحاضة كغيرها لانها ترد الى ايامها وان كان بينهما ثلاثة اشهر وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالاشهر فاما ان يكون الطلاق او الموت في اخر الشهر او في اثنائه ففي الاول يعتبر ثلاثة اشهر في الطلاق وفي الوفاة بالاهلة وفي الثاني قال ابو حنيفة تعتبر الايام تسعين في الطلاق وماية وعشرين في الوفاة وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام ثم تعتد شهرين بالاهلة وتكمل الشهر الاول من الشهر الثالث بالايام وعن ابي يوسف رحمهم الله ايضا كالقولين آخرا كقول محمد

فصل لما ذكر ما يوجب العدة وكيفية وجوبها اشار بذكر ما تجب فيها على المعتدات فانه في المرتبة الثانية من اصل وجوبها **قوله** (وعلى المبتوتة) يعني ويجب بسبب التزوج على المبتوتة واصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب تزوج من الاقارب وفي سراج قال محمد في النوادر لا يحل الاحداد لمن ماتت ابوها او ابنها او اخوها وانما هو في الزوج خاصة قيل اراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الصحيحين من اباحته للمسلمات على غير ازواجهن ثلاثة ايام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي انها لو ارادت ان تحد على قرابة ثلاثة ايام دلها تزوج له ان يمنعها لان الزينة حقه حتى كان له ان يقهرها على تركها اذا امتنعت وهو يريدها وهذا الاحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه **قوله** فلقوله عليه السلام الخ في الصحيحين من حديث زينب بنت ابي سلمة قالت توفي حميم لام حبيبة فدعت بصفرة فمسحت بذراعيها وقالت انما اصنع هذا لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد فوق ثلث الا على زوج اربعة اشهر وعشرا والحميم القريب وقد روي بلفظ آخر ووقع فيه تفسير بكذا لما توفي ابوها ابو سفيان وفي لفظ البخاري فيه فوق ثلثة ايام ولا يخفى انه لا دليل فيه على ايجاب الاحداد لان حاصله استثناء من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه وما قيل من ان نفي حل الاحداد فوق ثلث مستثناه منه استثناء من نفيه فهو اثباته فيصير حاصله الاحداد الا من زوج فانها تحد وذلك يقتضي الوجوب لان الاخبار يفيد عليه ما عرف ومن ان نفي حل الاحداد ايجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الايجاب فيكون ايجابا لان الاصل ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم فيمنع كون نفي حل الشيء الحسي نفيا له عن الوجوب لغة او شرعا لتضمن الاستثناء الاخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحققه بالاباحة والندب ولا وجوب ايضا استثناء الاحداد من ايجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى قول الاحداد واتحاد الجنس حاصل مع هذا فان المستثنى والمستثنى منه الاحداد ولا يتوقف اتحاد الجنس على منعه الوجود فيهما فهو كالاول فلذا قال ظهير الدين رح وما ما هو اثر تلجا الفواد وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري الى انه لا يجب ولكن يحل ويدل عليه ما اخرج

وقال الشافعي رح لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتاسف على فوت زوج وفي بعدها الى مماته وتداوحشها بالابانة فلا تاسف يفوته
ولنا ما روى ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولانه يجب اظهارا للتاسف على فوت نعمة النكاح
الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها والابانة اقطع لها من الموت حتى كان لها ان تغسل ميتا قبل الابانة لا بعدها

ابو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة ان تحد على زوجها حتى تنقضي عدتها وعلى من سواه ثلثة ايام
والحق ان الاستدلال بنحو حديث حفيدة في صحيح مسلم انه عليه السلام قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة
ايام الا على زوجها فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا فان فيه تصريحا بالاخبار ويكون الحديث المذكور للمبالغة محكوما بارادة الاخبار بوجود
فعلها منه بطريق الحمل لظهور ارادته في حديث آخر ولم تحقق ان الاخبار الموجب للوجوب الاخبار بصدور الفعل بالنسبة الى المكلف لا بالنسبة الى ثبوته
شرعا مثلا اذا قال الحداد تفعله المرأة افاد الوجوب لا اذا قال الحداد ثابت شرعا فانه اعم ومن الادلة فيه حديث ام عطية في الصحيحين
انه عليه السلام قال لا تحد امرأة على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوج اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تمس
طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط او اظفار فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الاحداد والنبذة بضم النون القطعة والقسط والاظفار نوعان
من البخور رخص فيه في الغسل من الحيض في تطييب المحل وازالة كراهته وحديث ام سلمة في الصحيحين ايضا قالت جاءت امرأة الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها بضم الحاء هي فقال عليه السلام لا مرتين او ثلاثا
كل ذلك يقول لا ثم قال انما هي اربعة اشهر وعشر وقد كانت احدكن في الجاهلية ترمي بالبعرة على راس الحول قالت زينب كانت المرأة
اذا توفي عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيبا ولا شيئا حتى تمر بها سنة ثم تاتي بدابة حمار او شاة او طائر فتفتض به فقلما
تفتض بشيء الا مات ثم تخرج فتعطى بعرة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب او غيره الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة البيت
الصغير قريب السقف حقير وتفتض بفاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل اي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر او نحوه تمسح به قبلها وتنبذه فلا
يكاد يعيش بالتفتض به فهو من فض الله فاه ولا افض الله فاك وقيل الاقتضاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه والاول احسن **قوله** وقال الشافعي
لا حداد عليها اي على المبتوتة لانها لاظهار التاسف وهو في الموت لعبرة على صحتها الى الموت بخلاف ابتدائه بطلاقها ثلاثا فانه موحشها
وخلعه لانها غير راغبة فيه لمكان سواها قلنا في محل النزاع نص وهو ما روى انه عليه السلام انه نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ذكره
السرخسي حديثا واحدا وغيره للنسائي هكذا ولفظه نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء قال الخطابي والله اعلم به ويجوز كونه في بعض كتبه
واما جعله حديثين حديث الحناء طيب المتقدم وحديث ابي داود عن ام حكيم بنت اسيد عن امها عن مولاة لها عن ام سلمة قالت قال لي رسول الله
صلى الله عليه وسلم وانا في عدتي من وفاة ابي سلمة لا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب قلت فبأي شيء امتشط يا رسول الله قال بالسدر
تغلفين به رأسك فالطعن في اسناده لا يفيد المقصود فان عينه معتدة في وفات ولو سلم ثبت المطلوب بالقياس عن عدة المتوفى عنها بجامع اظهار
التاسف على فوات نعمة النكاح وبتقدير تسليم ان ما عينه الشافعي مناسب معتبر في محل النصب وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب
المعتبر على الحصر بل في المحل ايضا باظهار التاسف على فوات نعمة النكاح التي هي من اسباب النجاة في المعاد والدنيا فانه ضابط للحكمة
المقصودة لفوات الزوج وكون الزينة والطيب من مهيجات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتمتنع
دواعيه دفعا لما يدافع عن اداء الواجب وقد ذكر المص هذا المعنى ايضا عند قوله وفيه وجهان الخ لكن ظاهره انه ذكره على انه علة
اخرى والتحقيق انه حكمة لان المضبوط فوات ما قلنا بخلاف ما هو دواعيه وكل من الامرين يستقل بالحكم فاذا وجد في محل ثبت معه

والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب غير المطيب الا من عذر وفي الجامع الصغير الا من وجع والمعنى فيه وجهان احدهما ما ذكرناه من اظهار التاسف والثاني ان هذه الاشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة الى الوقوع في المحرم وقد صحح ان النبي عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال الا من عذر لان فيه ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فان كان ذلك امرا قد اعتادها لها لان الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير اذا احتاجت اليه لعذر لا بأس به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لانه يفوح منه رائحة الطيب

ذلك الحكم ففي المبتوتة ان فقد التاسف على الزوج فالآخر وهو اظهار التاسف على فوات نعمة النكاح موجود ولو تم ما ذكر من اظهار التاسف مطلقا ليس علة لانه ممنوع منه بقوله تعالى لكيلا تاسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما اتاكم فلا يكون الاحداد في المتوفى عنها منوطا به لزم ان يكون واجبا تبعا للعدة بالنص او معلولا بالآخر فقط لكن منع بان المراد بقوله تعالى لكيلا تاسوا الآية الاسى مع الصياح الفضيح مع الصياح نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا **قوله** والحداد ويقال الاحداد فمن الاول يقال حدت المراة تحد من باب نصر ومن باب ضرب ايضا حدادا فهو حادة ومن الثاني يقال احدت تحد احدادا فهي محدة **قوله** ان تترك الطيب ولا تتحر عليه ولا تتحر فيه وان لم يكن لها كسب الا فيه **قوله** وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم تقدم **قوله** والدهن لا يعرى عن نوع طيب اما في ذاته او في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته وقد وقع للزيلعي مخرج الاحاديث هنا وهم وذلك انه جعل لفظة الدهن عطفا على الاكتحال فقال عن المصنف انه عليه السلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن فخرج حديث منع الاكتحال ثم قال واما الدهن فغريب فهو سهو فان الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فالحقه الحاقا **قوله** قال الا من عذر لان فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الائمة وذهبت الظاهرية الى انها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى نهيا موكدا عن الكحل التي اشتكت عينها والجمهور حملوه على انه لم يتحقق الخوف على عينها ولذا قال المصنف فان كان ذلك امرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات وقد جاء في حديث ام حكيم بنت اسيد عن امها ان زوجها توفي وكانت تشتكي عينها فتكتحل بكحل الجلاء فارسلت مولاة لها الى ام سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه الا من امر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحه بالنهار ثم قالت عند ذلك دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي ابو سلمة وقد جعلت على صبر فقال ما هذا يا ام سلمة فقالت انما هي صبر يا رسول الله قال انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب الحديث رواه احمد وغيره لكن امها مجهولة مطلقا وتمتشط باسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط واطلقه الائمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل مع الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة نعم كل ما ارادت به معنى الزينة لم يحل واجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج والبهتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا لضرورة لحصول الزينة به واجازه الامامان والظاهرية **قوله** لعذر كالحكة والقمل والمرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ بنفسه وقد صح بمنع الحلي في الحديث على ما سنذكره ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا المعصب فشمل منع الاسود **قوله** لانه يفوح الخ يفيد انه اذا كان خاليا لا رائحة له يجوز وفي الكافي قال الا اذا لم يكن لها ثوب الا المصبوغ فانه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة وينبغي تقليله بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستخلاف ثمنه او من مالها ان كان لها وردي مالك وابو داود والنسائي عن ام سلمة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تلبس المتوفى عنها

قال ولا حداد على كافرة لانها ليست مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لان الصغار موضوع عنها ولا على امة لانها مخاطبة بحقوق
الله تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى بخلاف التزوج لان فيه ابطال حقه وحق العبد مقدم حاجته قال الشارح وهذا يؤيد
ولا في حق الصغار الفاسد احداد لانه ثابت بالشرع لنظر الشارع ولا باحة اصل ولا يبقى ان غلب المفسدة

زوجها المصفر من الثياب ولا المشقة ولا الحلي ولا التختم ولا تكتحل هذا لفظ ابي داود والمشق المغرة ولا تلبس الحسب عندنا و
اجاز الشافعي رقيقه وغليظه ومنع مالك رقيقه دون غليظه واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره فيه الصحاح الصبغ ضرب من برود
اليمن تنسج اثمانا ثم تصبغ بعد ذلك وفي المغني الصحيح انه نبت يصبغ به الثياب وفرق في الحديث بانها تتخذ
من اليمن فيها بياض وسواد ويباح لها لبس الاسود عند الائمة الاربعة وجعله الظاهرية كالاحمر والاخضر قوله ولا حداد
على كافرة لا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة خلافا للشافعي ومالك رضي الله عنهما لانه يجب لموت الزوج
فيعم النساء كالعدة قلنا يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ولهذا لو امرها الزوج بتركه لا يجوز لها تركه فلا
يخاطب هؤلاء به ولذا شرط الايمان فيه حيث قال عليه السلام لا تحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر الحديث ولهم
كما تعم العدة عليهن قلنا العدة قد تقال على كف النفس عن المحرمات الخاصة وعلى نفس الحسيات وعلى مضي المدة على ما اخترنا
تحقيقه والعدة اللازمة لهن لكل من المعنيين الاخيرين على معنى ان عند البينونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم
صحة نكاحهن الى انقضاء مدة معينة فاذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو
من باب المسببات بالاسباب بخلاف منعها عن اللبس والطيب فان فعلها الحسي محكوم بحرمته فلا بد فيه من خطاب التكليف
بخلاف الاول فانه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف فلو اكتحلن او لبس المعصفر او اختضبن لا يأثمن لعدم
التكليف به نعم قد ثبت على الكافرة بالعدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فان في العدة بهذا المعنى جهتان قوله وعلى
الامة احداد يعني اذا كانت منكوحة في الوفاة وانطلاق البائن وكذا المدبرة وام الولد والمكاتبة والمستسعاة لثبوت
العدة الموجبة لانها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه ابطال حق المولى وليس في الاحداد فوات حقه في الاستخدام بخلاف المنع
من الخروج فانه لو لزمها في العدة ثبت ذلك فقلنا لا تمنع من الخروج في عدتها كيلا يفوت حقه في استخدامها وحق
العبد مقدم على حق الشرع باذنه تعالى قال تعالى الا ما اضطررتم اليه فان قيل لو وجب الحداد لعلة فوات نعمة النكاح لوجب
بعد شراء المنكوحة فالجواب انها لم تفت لقيام المحل والكفاية غاية الامر انه ثبت على وجه احط من المحل الثابت بالعقد
باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ولا اثر لهذا القدر من الاحطية فان نعمة النكاح ليس فواتها موثر
باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل اعتبار فواتها فيما من انها سبب لصونها وكفاية مؤنتها وهذا القدر لم يفت فلا موجب
للحداد ولهذا التقدير يندفع اشكال انه لا يجب الا في الحل عن الاعلى فما تقضي عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة
المشتراة الا انه لم يظهر لكونها حاملا حتى لو اعتقها ظهر فانه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها انه وجوب لا فائدة فيه لانه لها
الزينة والطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة قوله وليس في عدة ام الولد اي عن وفاة سيدها اذا عتقها احداد
وكذا الموطوءة بشبهة والمنكوحة فاسدا لان ما فاتهن نعمة النكاح والاصل الاباحة اي اباحة الزينة وهذا لان بالاعتاق
يزول الرق الذي هو اثر الكفر فهو موضع السرور لا الاسف والنكاح الفاسد والموطوءة بشبهة ظاهر وعليه انه فوات علة مبيحة قدم

ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى ان قال ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا قال عليه السلام
اشر النكاح وقال ابن سيرين التعريض ان يقول اني اريد ان تزوج وعن سعيد بن جبير في القول المعروف اني فيك لراغب واني اريد ان تجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية
والبتوتة الخروج من بيتها ليلا لا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل لا تبيت في غير منزلها اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن
الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد واما المتوفى عنها زوجها فلانه لا نفقة لها فيحتاج الى الخروج نهارا لطلب المعاش
وقد يمتد الى ان يهجم الليل وكذلك المطلقة لان النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلفت على النفقة عن قائل انها تخرج نهارا وقيل لا تخرج لانها اسقطت حقها
فلا يعطى بها حتى عليها دون العدة في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال قيام الزوجية لقوله تعالى ولا يخرجن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو البيت الذي تسكنه

لا احداد علة اخرى وهو كون هذه الاشياء دواعي الرغبة وكل منها يتحقق في هذه موجودة هنا فينبغي ان تجب الحداد واجيب بان كونها ممنوعة عن النكاح حكم وجوب الحداد لا علة بل علته فوات نعمة النكاح وهو يدور معه وجودا وعدما كذا قيل وهو بالضعف جدير وفي النهاية تلك حكمة لا علة لما ذكرنا من دوران وجوب الاحداد بفوات نعمة النكاح والحكم يدور مع العلة لا الحكم لما عرف في مسئلة الاستبراء **قوله** ولا بأس بالتعريض في الخطبة اراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها اصلا فلا تمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولا قصد له الى عداوة المطلق والتعريض ان يذكر شيئا يدل به على شيء لم يذكره كقول ابن عباس فيما اخرج البخاري عنه قال لا جناح عليكم فيما عرضتم بقوله اني اريد ان تتزوج ولو وددت ان تيسر لي امرأة صالحة وقال القاسم يقول انك علي كريمة واني عليك لراغب وان الله سائق اليك خيرا ونحو هذا واخرج البيهقي عن سعيد بن جبير الا ان يقولوا قولا معروفا قال يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان تجتمع وليس في هذا التصريح بالتزويج والنكاح ونحوه انك لجميلة او صالحة ولا يصرح بنكاحها فلا يقول اني اريد ان انكحك اذا تزوجت وسياق الآية لا جناح عليكم فيما عرضتم به اي فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن او اكننتم اي اضمرتم في انفسكم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله انكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا اي نكاحا فلا تقولوا ارجدان اتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذي هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور في الكتاب غريب الا ان تقولوا قولا معروفا فالاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس مواعدة في السر والاستدلال يتعلق بالمحذوف الذي ابرزناه صورته وهو فاذكروهن والله تعالى اعلم **قوله** وبعض الليل يخصه من التعليل **قوله** وقد يمتد الى ان يهجم الليل قد روي عن محمد المتوفى عنها زوجها لا بأس ان تغيب عن بيتها اقل من نصف الليل قال الحلواني هذه الرواية صحيحة لان المحرم عليها البيتوتة في غير منزلها والبيتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي وقدم قبله ما ينفي اعتبار صحتها وهو قوله لان نفقتها عليه او عسى لا يجد من يكفيها مؤنتها فيحتاج الى الخروج لنفقتها غير ان امر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فابيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى ويعرف من التعليل ايضا انها اذا وجدت قدر كفايتها امارات كالمطلقة فلا يحل لها ان تخرج لزيادة ونحوها ليلا ولا نهارا والحاصل ان مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فتتقدر بقدره فمتى انقضت حاجتها لا يحل لها كون بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها **قوله** اما المطلقة فلقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية اشتملت على نهي الازواج عن اخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن او لحاجتهم الى المساكن وعلى نهي المطلقات عن الخروج ونهيهن ابلغ لانه اوقع بلفظ الخبر الا ان يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج قاله النخعي وبه اخذ ابو حنيفة وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن وهو قول ابن مسعود وبه اخذ ابو يوسف وقال ابن عباس الفاحشة نشوزها وان يكون بذيء اللسان على احمائها وقول ابن مسعود اظهر من جهة وضع اللفظ لان الا ان غاية والشيء لا يكون غاية لنفسه وما قال النخعي ابدع واعذب في الكلام كما يقال في الخطابيات لا تزني الا ان تكون فاسقا ولا تشتم ابك الا ان تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذوبة عن غرضنا **قوله** حتى لو اختلفت على نفقة عدتها قيل تخرج نهارا لانها قد تحتاج كالمتوفى عنها وقيل لا يباح لها الخروج لانها هي التي ابطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في الباطل بنى عليها وبه كان يفتي الصدر الشهيد وصححه في جامع قاضي خان وهذا كما لو اختلفت على ان لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تبطل عن الزوج

[illegible] وقال عليه السلام للتي قتل زوجها [illegible] وان كن نسيبات او الميت لا يكلمها الخروج به من نصيبهم [illegible] الا على الانتقال بعد العدة [illegible] وصارت كاذا [illegible] وخافت سقوطا [illegible] ثم ان [illegible] بطلاق بائن او ثلاث بين سترة بينهما ثم لا بأس لانه معروف الحرمة الا ان يكون فاسقا فخافت عليها منه فحينئذ تخرج لانه عذر ولا تخرج عما انتقلت اليه والاولى ان تخرج من ويتركها وان سعد بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان ضاق عليهما المنزل فلتخرج والاولى سرد [illegible]

وبينهما ان تتزين بيت الزوج واما ان يحل لها الخروج فلا والحق ان على المفتي ان ينظر في خصوص الوقائع فان علم في واقعة عجز [illegible] المفتاة عن الهيئة ان لم تخرج افتاها بالحل وان علم قدرتها افتاها بالحرمة **قوله** وهذا اي لان البيت المضاف اليها هو الذي تسكنه لو ذات اهلها والزوج معها او فطلقها كان عليها ان تعود الى منزلها ذلك فتعتد **قوله** وقال عليه السلام تاييدا لاستدلال بالكتاب بان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا انه مدلول الكتاب وهو ما اخرج اصحاب السنن الاربعة عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن فريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة وان زوجها خرج في طلب عبد له ابقوا حتى اذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ارجع الى اهلي فان زوجي لم يترك لي مسكنا ولا نفقة فقالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فقالت ما انصرفت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد فناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم او امر بي فنودي له فقال كيف قلت قالت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي قال امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا قالت فلما كان عثمان ارسل الي فسألني عن ذلك فاخبرته فاتبعه انتهى ورواه مالك في الموطا وابن حبان في صحيحه واخرجه الحاكم عن اسحق بن سعيد بن كعب بن عجرة حدثتني زينب به قال الحاكم هذا حديث صحيح الاسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه قال محمد بن يحيى الذهلي هو حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعيد بن اسحق وهو اشهرهما واسحق بن سعيد بن كعب وقد روى عنها جميعا يحيى بن سعيد الانصاري وقد ارتفعت عنها الجهالة انتهى وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن اسحق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بان الحديث صحيح فان سعيد بن اسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة وقال الترمذي حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقها ولا يضر الثقة ان لا يروي عنه الا واحد وقد قال ابن عبد البر انه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به واما ما روى الدارقطني انه عليه السلام امر المتوفى زوجها عنها ان تعتد حيث شاءت وقال فيه لم يسنده غير ابي مالك النخعي وهو ضعيف وقال ابن القطان محبوب بن محرز ايضا ضعيف وعطاء بن السائب مختلط وابو بكر بن مالك ضعفهم فلذلك اعلمه الدارقطني وذكر الجمع اولى لاحتمال ان يكون اسحاق من غيره انتهى كلامه **قوله** وصار كما اذا خافت على متاعها اللصوص الخ اي فانها تخرج لانه عذر واذا خرجت الى منزل اعذر صار الثاني كالاول فلا تخرج عنه الا لعذر وتعيين الموضع الذي تنتقل اليه في عدة الطلاق الى الزوج وفي عدة الوفاة اليها لانها مستبدة في امر السكنى حتى ان اجرة المنزل ان كان لا خر عليها وعليها ان تسكن فيه الا ان تجد الكرى وتجد ما هو بلا كرى فلها ان تتحول اليه وكذا في الزوج الغائب ولا تخرج المعتدة الى صحن الدار التي فيها منازل الاجانب لانه كالخروج الى السكة ولهذا يقطع السارق باخراج المتاع اليه فان لم يكن في الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج الى صحنها ولا تصير به خارجة من الدار بيت في اي بيت شاءت منها **قوله** ثم لا بد من سترة بينهما يعني اذا لم يكن للزوج الا بيت واحد كيلا تقع الخلوة بالاجنبية وكذا اذا في الوفاة اذا كان ورثته من ليس بمحرم لها ثم لا باس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل وانما اكتفى به لان الزوج يعتقد الحرمة فلا يقدم على المحرم الا ان يكون فاسقا فيخرج لانه عذر والاولى ان يخرج هو وكذا في كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج

واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها في غير مصرها فان كان بينها وبين مصرها اقل من ثلاثة ايام رجعت الى مصرها لانه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء وان كانت مسيرة ثلاثة ايام ان شاءت رجعت وان شاءت مضت سواء كان معها ذو رحم او لم يكن معناه اذا كان الى المقصد ثلاثة ايام ايضا لان المكث في ذلك المكان خوف عليها من الخروج الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصرها فانها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج ان كان لها محرم وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كان معها محرم فلا بأس بان تخرج من المصر قبل ان تعتد لهما ان نفس الخروج مباح وقد انعدم الوحشة وهذا لعذر واما الحرمة للسفر وقد انتفت بالمحرم وله ان العدة امنع من الخروج من حرمة المحرم فان للمرأة ان تخرج الى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج الى السفر بغير المحرم ففي العدة اولى

الاولى ان يخرج هو ولعل المراد انه احج فيجب الحكم به كما يقال اذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم او فالمحرم اولى ويراد ما قلنا وهذا لانهم علموا اولوية خروجه بان مكثها واجب لا مكثه وهي انتقلت فتعين المكان اليه **قوله** واذا خرجت المرأة مع زوجها الى مكة وغيرها المقصود اذا سافر بها فطلقها فارجعيا او بائنا ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لان النكاح قائم وان كان بائنا او مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدها اقل من السفر فان شاءت مضت الى المقصد وان شاءت رجعت سواء كانت في مصرها او لا معها محرم او لا لانه ليس في ذلك ان شاء السفر وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح اذا مست الحاجة اليه بمحرم وبغيره الا ان الرجوع اولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج كذا في الدراية واطلاق المص يقتضي انه اذا كان بينها وبين مصرها اقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر او دونه اما ان كان مدة سفر فظاهر لان المضي الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر واما ان كان ما دونها فترجع ايضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك كذا في النهاية وهو اوجه **قوله** واذا كان الى المقصد ثلاثة ايام فصاعدا فاذا كان دونها الى المقصد لا تخير بل يتعين عليها الذهاب الى المقصد **قوله** الا ان يكون استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت اي في جميع الاحوال الا في حال يكون طلقها او مات عنها في مصرها فانها لا تخير بل يتعين عليها ان تعتد فيه عند ابي حنيفة رح سواء كان معها محرم او لا وحاصل وجوه المسئلة اما ان يكون بينها وبين مصرها ومقصدها اقل من السفر فتخير والاولى الرجوع على ما في الكافي وعلى ما في النهاية وغيرها يتعين الرجوع او كان احدهما سفرا والآخر دونه فتختار ما دونه لانها باختيار مقابلته منشية سفرا دون اختياره فان كان كل منهما سفرا فلا يخلو من ان تكون في مفازة او مصر فان كانت في مفازة فان شاءت مضت وان شاءت رجعت بمحرم او لا لان ما يخاف عليها في ذلك المكان اشد مما يخاف عليها في الخروج والاولى ان تختار الرجوع لما قلنا وان كانت في مصر لم تخرج بغير محرم لان ما يخاف في السفر بغير محرم اعظم مما يخاف عليها في المصر فكان المكث في المصر اولى بخلاف المفازة فان كان معها محرم لم تخرج عند ابي حنيفة رح في العدة وقالا تخرج وهو قول ابي حنيفة رح اولا وقوله الآخر اظهر لهما انها في غير منزلها فلها ان تخرج بمحرم كما لو كانت في غير المصر وهذا لان اصل الخروج مطلق لها اجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد حتى قلنا لها ان تخرج الى ما دون السفر بلا محرم فاذا بطل معنى السفر بالمحرم بقي مجرد الخروج وهو مطلق لمكان العدة اذ الغربة يوذي ويهان فاشبه المفازة وله ان تاثير العدة في المنع من الخروج اقوى من تاثير عدم المحرم في المنع من السفر فالعدة اولى وما دون السفر انما ابيح مع قيام العدة باعتبار انه ليس بخروج لانه بناء على الخروج الاول لا لان اصل الخروج مباح وهي هنا منشية للخروج باعتبار السفر فيتناولها التحريم واذا تناولها لم يسقط بالمحرم لانه لا ترتفع حرمة الخروج باعتبار السفر قلنا له التحريم بسبب العدة وفي المبدأ لو كانت الجهتان مدة سفر فمضت او رجعت وبلغت اولى المواضع التي تصلح للاقامة اقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وكذا ان وجدت عند ابي حنيفة رح ومثله في المحيط وفيه البدوي طلق امرأته فاراد نقلها الى مكان آخر في الكلا والماء فان لم يتضرر بتركها في ذلك الموضع في نفسه او ماله ليس له ذلك وان تضرر فله ذلك اذ الضرورات تبيح المحظورات والله تعالى اعلم

ز محمد

ز محمد

باب ثبوت النسب

ومن قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولد لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر اما النسب فلانها فراشه لانها لما جاءت بالولد لستة اشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بان تزوجها وهو يخالطها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته واما المهر فلانه لما ثبت النسب منه جعل واطيا حكما فتكامل المهر به

باب ثبوت النسب اعقبه العدة لان ما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعدمه فينصرف كل عن الآخر في الحال اي في حال عدم معرفة الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة **قوله** ومن قال ان تزوجت فلانة او امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها لا اقل ولا اكثر فهو ابنه وعليه المهر يريد من وقت تزوجها لانه قرن اليوم بفعل لا يمتد وقد نبه المص على هذه الارادة لانه لما علل ثبوت نسبه بانها فراشه قال في اثبات كونها فراشا لانها لما جاءت به لستة اشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فافاد ان المراد بلفظ اليوم الوقت وهذا لان الطلاق جزاء الشرط فيتاخر عنه بزمان وان لطف كما قيل لانه لا تخلل بينهما ان خال بل اول آنات تعقب وجود الشرط تثبت فيه الجزاء من غير افتقار الى تحقق زمان يسع التلفظ بانت طالق كما حققناه في الطلاق لانه ثبوت حكمي واذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت النسب وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان تزوجها وهو يخالطها وطيا وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاكتفاء بتجويزاتهما وكلامه فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله ان الثبوت يتوقف على الفراش وهو ثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية اثر النكاح اعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش نعم اذا فسر الفراش بالعقد كما حكي عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات يكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا ان قلنا ان العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضي خان ان العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب يعني ان زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله اثره لا يقال مقتضاه ان يكون جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة اشهر وقد عينوا الثبوت نسبه ان لا يكون اكثر من ستة اشهر من النكاح ولا اقل لانا نقول انما لم يثبتوه في الاقل لان العلوق حصل من زوج قبل النكاح واما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطيا بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى ان يفهم النسب فيما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر في مدة يتصور ان يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في اثباته والاحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما اذا جاءت به لستة اشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل اكثر منها وربما يفضي وهو لم يسمع فيها ولادة لستة اشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدوثه احتمال فاي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري اي الاحتمالين ابعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطاوعها وسمع كلامهما الناس وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد او احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة اشهر ليوم يكون من غيره ولا استبعاد هذا الغرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق ان التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خلوة او اجنبي واما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطيا حكما فعليه المهر

قال (وثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين) وأكثر مالم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة فيجوز أن تكون معتدة الطهر أن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة ثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح اذ العدة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لأكثر من سنتين كانت رجعية لان العلوق بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا

وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطئه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد وفي النهاية وفي القياس وهو رواية ابي يوسف مهر ونصف اما النصف فللطلاق قبل الدخول واما المهر فللدخول انتهى وعبارة ابي يوسف في الامالي على ما نقله الفقيه ابو الليث ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهرا آخر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشبه وجوب الزيادة انتهى وهذه العبارة للتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهر في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بانه مقارن له او للنكاح فاقل الامر كونه قبله او لا مثبته ذلك وضميره في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب واعلم انه اذا كان الامع في ثبوت هذا النسب امكان الدخول وتصوره ليس الا باذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل التزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون باذكر مطلقا ومنسوبا وقد مناه في باب المهر من انه لو تزوجها في حال ما يطأ وما عليه مهران مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح لان هذا اكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكل لمخالفته لصريح المذهب وايضا الفعل واحد وقد اتصف بشبهة المحل فيجب مهر واحد به بخلاف ما لو قال ان تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها بحيث يجب مهر ونصف لان الطلاق قبل الوطء اما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد صحت فصار الفعل كله لشبهة المحل فقد وجب المهر فلا يجب غيره وفي شرح ابي اليسر قال ان تزوجتها فهي طالق ثلثا فتزوجها ودخل بها ينبغي ان لا يجب عليها الحد ويجب مهر المثل وقالا انه يجب عليهما قال قد كنت افتيت بالوجوب على الحالف وهو الظاهر من مذهب اصحابنا من مال اليه لم يكن مخطئا ولو جاءت بولد ورثه منفيا عن اصحابنا وان حرمت عليه بالثلث فلم يبق النكاح ولا عدة لكن لما كان فصلا مجتهدا فيه لم ينقطع النسب **قوله** (وثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت به لسنتين او اكثر ولو عشرين سنة او اكثر مالم تقر بانقضاء عدتها فان اقرت بانقضائها والمدة تحتمله بان تكون ستين يوما على قول ابي حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه الا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هذا في المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة اشهر وعشر انقضائها ثم جاءت بولد لتمام ستة اشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها ثبت نسبه منه اما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر واما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منها فلاحتمال العلوق في عدة الرجعي لانتفاء الحكم بزناها او بوطئها بشبهة بجواز كونها ممتدة الطهر فان امتد الى اقل سنتين عن مجيئها به او اقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين يكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة بالطلاق الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لا تثبت رجعتها فان العلوق يحتمل انه كان في العصمة كما يحتمل انه كان في العدة واحالة الحادث الى اقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر والظاهر الوطء في العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وما قضت به العادة ارجح من اضافة الحادث الى الظن القريب مع ما فيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة ايضا فعبارة متقاد والناس في الرجعة ان يراجعوا باللفظ فان قيل هنا احتمال آخر وهو لو انها تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر قلنا الفرض انها لم تكن اقرت بانقضاء العدة وما لم تقر بذلك ولم يظهر تزوجها فالظاهر انها في العدة ولان ضيا انشأ

والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت نسبه احتياطا واذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام لان يدعيه لانه الزمه واضافه بان وطئها شبهة في العدة

النكاح والبقاء الاول اسهل واخف قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب فاذا جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة حرام قيل ابن هذه الرواية مخالفة لرواية الايضاح وشرح الطحاوي والاقطع والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب ايضا وهي قوله واكثر مدة الحمل سنتان فان فيها الحقت السنتان باقل من السنتين حتى اثبتوا النسب اذا جاءت به لتمام سنتين وان لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات اما قوله ان لفظ الحديث الخ فليس بصحيح لان حاصله انه لا يمكث الولد في البطن اكثر من سنتين وهذا لا يقتضي انها اذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق ان يثبت نسبه الا اذا كان العلوق حال قيام الفراش والوجه ان يحمل على تقرير ما ضبحان المتقدم من انه يجعل العلوق في حال الطلاق لانه قبل زواله بالفراش قوله الا ان يدعيه استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتعلق اي لم يثبت في حال الا في الحال التي هي دعواه لانه الزمه وله وجه وهو كون وطئها بشبهة في العدة وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولذا لم يذكر الاشتراط في رواية الامام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل وذلك ظاهر في ضعفها وغرابتها واعترض بان هذه مناقضة لما في كتاب الحدود في ان النسب لا يثبت من المبانة في الوطء في العدة ونص في التبيان ان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادعاه نص عليه في كتاب الحدود واجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض وليس بشيء لان المراد من المذكور هناك اذا لم يدع شبهة والمذكور هنا محمول على كونه وطئها بشبهة والمعتدة عن ثلاث لا تكون اجد من الاجنبية بالكلية والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بان يقال ينبغي ان يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل لان المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب اذا وطئ المطلقة ثلاثا اذا جاءت مطلقا فيثبت عنده فيجب ان لا ينتقل عنه الا اذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل افاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه غير ان توجيه ذلك امكان صحة كون الوطء بشبهة والوجه انه لا يشترط غير دعواه لانه لم يشترط في الكتاب سواه ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ثم اذا لم يثبت نسبه فيما اذا جاءت به لاكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وهي رواية بشر عن ابي يوسف فيجب ان ترد نفقة سنة وقال ابو يوسف لا تنقضي الا بوضع الحمل وقد ذكرناه ولا يلزمها رد شيء لهما ان الولد من غيره والظاهر انه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة واقل مدة الحمل ستة اشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت فما اخذت مالا تستحقه لانها منقضية العدة فترده وابو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تتزوج بغيره قبل وضعه فلانها وطئت بشبهة ولو جاءت المبتوتة بولدين احدهما لاقل من سنتين والاخر لاكثر من سنتين يثبت نسبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف اعتبارا بمن باع جارية فجاءت بولدين احدهما لاقل من ستة اشهر والاخر لاكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينتقض البيع وعند محمد لا يثبت لان الثاني من علوق حادث بعد الابانة فيتبعه الاول لانهما توأمان قيل هو الصواب وليس ولد الجارية نظيره لان الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه بخلاف الولد الثاني في المبتوتة ولو خرج بعضه لاقل من سنتين وباقيه لاكثر من السنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لاقل من سنتين نطفة بدنه او يخرج من قبل الرجلين اكثر البدن لاقل والباقي لاكثر وكذا محمد في

فان كانت المعتدة صغيرة يائسة فتنقضي عدتها بولادة لستة اشهر لزيادة حق تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند محمد وفيها روايتان عن ابي يوسف فيثبت النسب الى سنتين لا ازيد
بحيث ان نكح جاز له ولم يثبت انقضاء العدة بالنسبة الكبيرة وليس ان الانقضاء عدة رجعية بعينه وهو لا يتم به عيدا بحكم الشرع بالانقضاء بهو الدلالة وفي زفر لا يلحق الولد
والاقرار بعدتها وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا لكن لذلك الجواب عنده عدة بيت الى سبعة وعشرين شهرا لانه يجعل واطيا في آخر العدة وفي الشافعي لا يلحق الولد وهو مستحسن
وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة سواء كان باقرارها بحكم حبلها وثبت نسبه لان التوفي عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وقال زفر اذا جاءت به
بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان الشرع حكم بالانقضاء وهو تمامها بالشهر لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء وكما في الصغيرة الا انا نقول لا انقضاء عدة ما جهة
اخرى وجود وضع الحبل بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل لا بالبلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه
لانه تعذر كونه بالسنتين فبطل الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لو تعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحمل بعد وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة

شرح الكلام تزوج امة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها ان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولا يلزمه ان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لانه
ولد النكاح في الاول وفي الثاني يضاف الى ملك اليمين لان وطيها حلال ولا يلزمها الا بالدعوى ولا فرق بين ان يكون المطلقة
بائنة او رجعية وان طلقها ثنتين يثبت نسبه الى سنتين لان وطيها لا يحل بملك اليمين فكان الولد من النكاح ولا يخفى ان معنى المسئلة
طلقها ثم ملكها والا لم يتصور وطيها بملك اليمين فاعلم ان ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد باحد امور ان تكون
هناك اما شهادة بالولادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل ظاهر كما سيجيء عن قريب **قوله** فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها
الخ قيل هو مستدرك لان الحبل دليل على انه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء لانه ان كان باعتبار ان الحبل لا يكون بلا جماع فلا شك انه لا يكون
الا بالبلوغ وبعد ان لا يحتمل البالغة الجماع وحاصل المسئلة ان الصغيرة اذا طلقت اما قبل الدخول او بعده فان كان قبله فجاءت بولد لاقل
من ستة اشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق فجاءت به لاكثر من ستة اشهر لا يثبت لان الفرض ان لا عدة عليها وما جاءت
به لا يستلزم كونه قبل الطلاق ليلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق وان طلقها بعد الدخول فاما ان اقرت
بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر او لم تقر فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر ومن وقت الاقرار ثبت نسبه وان جاءت
به لستة اشهر او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة باقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها لتيقن بكذبها وان تقر بانقضائها ولم تدع
حبلا فعند ابي حنيفة ومحمد ان جاءت به لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه والا فلا وعند ابي يوسف يثبت الى سنتين في الطلاق
البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال انه وطيها في آخر عدتها الثلاثة الاشهر فعلقت سنتين وان كانت مدعية حبلا فهي
كالكبيرة من حيث انها لا تقصر انقضاء عدتها على اقل من تسعة اشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لاكثر من
سنتين وان طال الى سن الاياس بجواز ابتداء ظهرها ووطيه اياها في آخر الطهر وجه قول ابي يوسف انها تحتمل كونها حاملا لغرض انها في سن يجوز
فيه بلوغها لان فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء عدتها فاشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تاتي
به الى سنتين واعلم ان قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من انها اذا جاءت به لتمام سنتين لا يثبت ان يقال الى اقل من سنتين هنا وجه
قولها وهو الفرق ان لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فيمضيها بحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها
بالانقضاء لانه لا يحتمل الخلف وعدم المطالقة بخلاف اقرارها فغاية الامر ان يجعل انقضاؤها بمنزلة اقرارها ولو اقرت بالانقضاء
بعد الاشهر الثلاثة ثم جاءت به لاقل من ستة اشهر او السنة لا يثبت فكذلك هنا ان لا يثبت حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر
اما اذا كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة فيها لان باقرارها بالحبل حكم ببلوغها **قوله** ويثبت نسب ولد
المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه وبستة
اشهر لا يثبت فوجهه كوجههما في الصغيرة وهو ان لعدتها جهة واحدة هي انقضاء اربعة اشهر وعشرا فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع
بانقضائها بها فاذا جاءت بالولد لعدة التمام ستة اشهر او اكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جاءت به لاقل على ما عرف ومنع تعيين الجهة الواحدة
في حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل فتستمر ما لم تعترف بالحبل **قوله** واذا اعترفت ظاهر وتقدمت غير مرة

الغرض

لاكثر

في

وهذا لو ثبت المعتدة ولو لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رح الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان كان يكون مسافرا حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج
يثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد رح يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة الى تعيين
الولد انه منها يتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة رح ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة
الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما اذا كان ظهر الحبل او صدر الاعتراف من الزوج لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت
بشهادتها وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص
حقهم فيقبل فيه تصديقهم اما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة
الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

وانما لم تثبت اذا اتت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الاقرار وان كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لانهن امينات شرعا
في اخبارهن عن حدثهن فاذا اخبرن لزم الى ان تحقق الخلاف قطعا وقوله وهذا اللفظ يتناول باطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة
عن طلاق ووفاة ومما يشتمل ايضا الآئسة اذا ولدت لبعد الرجعي والبائن في كذوات الاقراء يثبت نسب ما اتى به لاقل من سنتين
في البائن واكثر منهما في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة فان اقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة اشهر ومطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء
ثم ولدت لاقل من ستة اشهر ومن وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها يحمل على الاقراء اما لبطل الباس
هذا والمنصوص عليه في فتاوى قاضي خان ان الآئسة تعتد بالاشهر اذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق الى سنتين اقرت بانقضاء
العدة او لم تقر وكذا نقل عن المرغيناني **قوله** واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان
او رجل وامرأتان او يعلم اعتراف من الزوج بالولادة او يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة واطلاق الكتاب يشمل المعتدة
عن وفاة وعن طلاق بائن او رجعي فيوافق تصريح قاضي خان وفخر الاسلام بجريان الخلاف في الرجعي وشمس الائمة قيد صورة
المسئلة بان يكون الطلاق بائنا فقال لو ان رجلا طلق امرأته ثلثا او تطليقة بائنة ثم جاءت بولد لبعد الطلاق بسنتين او اقل وشهدت
امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل ولم يلزمه النسب في قول ابي حنيفة ما لم يشهد رجلان او رجل وامرأتان ونحوه
قول صاحب المختلف حيث قال شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بمؤيد الى قوله حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة
في الولادة وفي الطلاق البائن اذا كذبها الزوج الى آخر ما ذكره واتفقوا على قبول انكار الزوج وكذا لو وقع انكار الولادة
والحبل من الورثة فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ويشترط لفظة الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان
لانها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد وقوله في جميع ذلك اي فيما اذا كان حبل ظاهر او لا او اعتراف
من الزوج او لا وهل تقبل شهادة رجل واحد عندهما قيل نعم ولا يفتى كما لو شهد رجلان او رجل وامرأتان وفي جامع قاضي خان وعلى
هذا الخلاف كما لا يطلع عليه الرجال واجمع علماؤنا على انه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح وحقيقة الحال انه يثبت
تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش واذا تقرر ان النكاح لبعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الائمة
ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه والخلاف انما هو فيما بعد الموت وبالطلاق البائن وبقولهما قال احمد وعند الشافعي يشترط اربع
نسوة عدول وعند مالك وابن ابي ليلى امرأتان وجه قولهما ان الفراش قائم لقيام العدة وهو اي الفراش لازم النسب فيما اتى به كما قبل الطلاق والحاجة
الى شهادة المرأة لتعيين الولد فيتعين لشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المص على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفراش وله
ان العدة تنقضي باقرارها بوضع الحمل فصارت اجنبية والفراش المنقضي ليس بحجة ليصلح مؤيدا للحجة الضعيفة اعني شهادة المرأة
الواحدة فكانت الحاجة ماسة الى اثبات النسب ابتداء وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بخبر اشهر المستلزم لثبوت
النسب لكونها في وقت يلزم فيه ثبوت النسب شرعا بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها او صدر الاعتراف به من الزوج
او كان الفراش قائما وقت دعواها الولادة لان النسب ثابت قبل الولادة لبقاء المبقي وقيام الحبل ظاهرا او اعترافا وكذا

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا ثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والعلوق ثابت فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانتفى يصح نفيه

بالنسبة

يؤيد شهادة القابلة وقولها لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بحضرتهم بيان العلوق أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلم أنها ولدته وفيما إذا لم تتعد النظر إلى وقت الاتفاق وهذا يندفع ما قد أورد من أن شهادة الرجال تستلزم منعهم فلا تقبل فالحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفي للإثبات أو لا بد من أن يتأيد بمؤيد فالوجه أن يحمل الاستدلال عليه ولما فيه قوله ثم شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس وأما الوجه الذي ذكره فتمامه بالغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفراش ويؤيد بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مرسلا مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادة النساء وعيوبهن وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وأمر النساء فيما سوى ذلك وهذا حجة لأنه مرسل وإنما قلنا لأنه مرسل لأن قول الراوي مضت السنة إنما يكون حكما للمرفوع إذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة وإن كان فيه عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني فقد تظافر راوياه

وهو

بما هو حجة به ولو كانت مهتدية عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة فيها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة قالوا إذا كانوا أي الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين فيطالب غريم الميت بدينه وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة أي في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة وقيل لا يشترط وهو الصحيح لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة فعلى هذا لو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم والله أعلم قوله

وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فيلزم كونه من علوق قبل النكاح وإن جاءت به لأكثر منها ثبت ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت وكذا إذا جاءت به لتمام السنة بلا زيادة لاحتمال أنه تزوجها واطئا لها فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته وهذا من المص خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفى نسب ما أتت به لتمام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الإنزال الطلاق وأجيب عن المص بأن ثبوت النسب هنا لا هناك لحمل أمرنا على الصلاح إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فتزوجت وهي في العدة وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نفيه نسبه فساد إلا بالجواز كون عدتها انقضت وتزوجت بزوج آخر فعلقت منه وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لأن معنى السؤال وجود المقتضي وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن تثبت النسب كما ثبت هنا وأنت علمت أن الوجه ثبوت النسب فيه لوجود المقتضي وهو الإمكان مع الاحتياط قوله فإن جحد الولادة يعني فيما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت بشهادة امرأة واحدة القابلة أما عندهما فظاهر وعنده لتأيدها بقيام الفراش حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحد ليلزم أنه قائم مقام الحد والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا وإنما يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت به النسب وأثبت به اللعان بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لا نفي الولد حيث

هذا

فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة وقالت بل منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابن ٤ لان الظاهر شاهد لها فانها تلد
ظاهرا من نكاح لا من سفاح وكذا يذكر لا استحلاف وهو على الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة الولادة
لا تطلق عند ابي حنيفة ح وقال ابو يوسف ومحمد ح تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه
ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولابي حنيفة ح انها ادعت الحدث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن ضرورية
في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة ح وعندهما تشترط شهادة القابلة
لانه لا بد من حجة لدعواها الحدث وشهادتها حجة فيه على ما بينا ولانه الاقرار بالحبل اقرار بما تفضي اليه وهو الولادة ولانه اقر بكونها
مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة **قال** واكثر مدة الحمل سنتان لقوله عائشة ح الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بقل مغزل

هو نفيه فانه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد اصلا فضلا عن نفيه لجواز وجوده لتحققه بدونه وان التفق هنا وقوعه في ضمن النفي **قوله** وان ولدت ثم اختلفا
فقال تزوجتك لاربعة اشهر وقالت لستة فالقول لها لان الظاهر شاهد لها وهو انه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج تزوجت بهذا الزوج
في عدته وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو اضافة الحادث وهو النكاح هنا الى اقرب الاوقات لانه اذا تعارض ظاهران في ثبوت
نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى انه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات مع ان ظاهر متابعة الظاهر
وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد ان كان الولد من زوج او حبل من زنا وان صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لانه لا يلزم منه تحريمها
حاملا لثبات النسب ليكون اقرارا بالفساد كما اذا تزوجها بلا شهود يجوز وهي حامل من زنا فانه صحيح على الصحيح ولان الشرع كذبه حيث
اثبت النسب والشرع اذا كذب الاقرار بطل **قوله** ولم يذكر اي محمد اي الاستحلاف اي استحلاف اي هو على الخلاف المعروف في
الاشياء الستة فعندهما يستحلف وعنده لا يستحلف لان الخلاف واقع في النكاح والنسب **قوله** ومن قال لامرأته اذا ولدت فانت
طالق فشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا اقر به لم تطلق عند ابي حنيفة ولكن يثبت النسب وقالا
تطلق ايضا لان شهادتها حجة في ذلك اي في ثبوت ولادتها للحديث السابق واذا كانت حجة مقبول فيها القبول فيما يبتنى عليها
وهو الطلاق المعلق به وبهذا التقرير تبين ان قوله ولانها لما قبلت في الولادة الخ ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الاول وصار
كثبوت الامومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما اذا قال ان كان ما في بطنها حمل فهو مني فولدت بعد هذا القول لاقل من ستة
اشهر فانكر ولادتها فشهدت به امرأة وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما اذا جاءت زوجته بولد فقال ليس مني ولا ادري اولدت هي
اولا فشهدت بالولادة امرأة فانه يجب اللعان الا ان يكون الزوج عبدا او حرا محدودا في القذف ولابي حنيفة ح انها ادعت الحدث
وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك الا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمة المختص
به فقبلت فيما وثبت النسب وامومة الولد ولانه حكمه اللازم شرعا اما اللعان فانما يثبت بالقذف وان التفق انه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم
واما وقوع الطلاق والعتاق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فاخبره مسلم انه ذبيحة مجوسي قبل في الحرمة
ولا يثبت تنجيس الذابح وكقوله اذا حضت فانت طالق وفلانة فقال حضت وطلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان ويمكن
جعل هذا اشكالا على ابي حنيفة فان طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها
لازمه الشرعي ولازمه الجعل المنفك وهو حرمته وسيأتي الفرق ولو كان الزوج قد اقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند ابي حنيفة وعندهما يشترط
شهادة القابلة لانه لا بد من الحجة لدعواها الحدث وشهادتها حجة فيه وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما تفضي اليه وهو الولادة للعلم بان الحبل
لا يبقى بعده ولانه اقر بانها مؤتمنة في اخبارها بالولادة حيث اقر بانها حامل فيقبل قولها في رد الامانة كما اذا علق بحيضها فقالت حضت فان
ظهر الفرق اندفع الاشكال المذكور وهو ان التعليق ان كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد
بحبلها او بظهور حبلها كان التزاما للتصديق بها عند اخبارها به واعترافا بانها مؤتمنة وان لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل
الاعتراف بحبلها بقاء ولا ظهور حبل فان التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند الانكار الى الحجة **قوله** واكثر مدة الحمل سنتان

واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر وللشافعي رح يقدر لاكثره باربع سنين

والحجة عليه ما روينا والظاهر انها ثالثة سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كانت الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فحملت على الولادة امرأة

وعند الشافعي ومالك ابن اربع سنين واستدل لهما بقول عائشة رض الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بغزل مغزل اخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك ثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة قالت ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل وفي لفظ قالت لا يكون الحمل اكثر من سنتين الحديث واخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال قلت لمالك ابن انس اتى حديث عن عائشة انها قالت لا تزيد المرأة في حملها على سنة قدر ظل مغزل فقال سبحان الله من يقول هذه هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة البطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في اربع سنين ولا يخفى ان قول عائشة رض مما لا يعرف الا سماعا وهو مقدم على المحكي عن امرأة ابن عجلان لانه لبعد صحة نسبه الى الشارع لا يتطرق اليه الخطأ بخلاف الحكاية فانها لبعد صحة نسبها الى مالك والمرأة تحتمل خطأ ما فان غاية الامر ان يكون انقطع دمها اربع سنين ثم جاءت بولد وهذا ليس بقاطع في ان الاربعة تمامها كانت حاملا فيها لجواز انها استمرت باسنين او اكثر ثم حيلت ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ولذا اخبرت عن امرأة انها وجدت ذلك مدة تسعة اشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وادراك الطلق ثم حين جلست القابلة تحتها اخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ما كان اشيا فشيا الى ان صغر بطنها وقامت عن قابلتها من غير ولادة وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات وما روي ان عمر رض اثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم برجمها فقال له معاذ ان كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها وتركها حتى ولدت ولدا قد نبت ثنيتاه يشبه اباه فلما رآه الرجل قال ولدي ورب الكعبة فانما هو لقيام الفراش ودعوى الرجل نسبه **قوله** واقله ستة اشهر ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا مع تفصيل الفصال في الآية الاخرى بكونه في عامين فيلزم كون الفاضل ستة اشهر واورد عليه انه مخالف لما قرره لابي حنيفة في ارضاع من ان هذه المدة مضروبة تمامها لكل من الحمل والفصال غير ان المنقض قام في احدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة رض قلنا قدمنا هناك انه غير صحيح لما يلزم من انه يراد بلفظ الثلثين في اطلاق واحد حقيقة ثلاثين واربعة وعشرين باعتبار انفاقين قطعا رجع الى الصحيح واجيب بان هذا تاويل ابن عباس رض ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورده لا هو فنقل بعضه لتنبيه به عليه وهو ما روي ان رجلا تزوج امرأة فولدت لستة اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رض اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلثون شهرا وقال وفصاله في عامين فلم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان رض فالتمسك بدرء عثمان مع عدم مخالفة احد فكان اجماعا وهذا صحيح في نفسه ومفيد لقطعية ارادة كون المدة لمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على مقتضاه حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المص **قوله** ومن تزوج امة فطلقها اي بعد الدخول واحدة بائنة او رجعية ثم اشتراها قبل ان تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ اشتراها لزمه اي ثبت نسبه منه ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه وقيدنا بعد الدخول وواحدة لانه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد الا ان يجيء به لاقل من ستة اشهر منذ فارقها لانه لا عدة لها او بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المص **قوله** والا اي ان لم تجيء به لاقل بل لتمام ستة اشهر او اكثر من وقت الطلاق لم يلزمه الا ان يدعيه **قوله** لانه في الوجه الاول وهو ما اذا جاءت لاقل من ستة اشهر ولد المعتدة للتيقن بكون العلوق سابقا على الشراء

ان الشيخ يقول ان ثبوت النسب في هذه الروايات ... الاختلاف

الاشا

قوله ام ولد كان الحاصلة الى يقين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالولادة ومن قال لغلامه هذا ابني ثم ملك بجاريته امرأة وقالت انه ابني فهو عبد

ولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة وهذا لان الطلاق اذا
كان واحدا وحل له وطيها بعد الشراء لانه لا تظهر عدتها في حقه لانها معتدة والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من اقرب الاوقات لان
فيما زاد عليه شكا واقرب الاوقات ستة اشهر واعتبارنا في الاول يوجب انه ولد المعتدة وفي الوجه الثاني يوجب انه ولد المملوكة فلا يثبت الا بدعوة
بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء لان به تحرم الامة حرمة
غليظة فلا يحل الشراء لان حل المحرمة حرمة غليظة سعاية بنكاح زوج آخر على ما عرف فتقدر القضاء بالعلوق من اقرب الاوقات لانه قضاء عليها
بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من البعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فثبت نسب ولدها بلا دعوة
ثم اذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد المعتدة فيلزمه وان جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فانه بعد كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء وان كان
بائنة يثبت الى اقل من سنتين او تمام السنتين بعد كونه لاقل من ستة اشهر من الشراء واعلم ان ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق
يعني لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا ولو اشترى زوجته الموطوءة ثم اعتقها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب
الا ان يدعيه الزوج لان النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشراء الا بدعوة والعتق ما
زاد بالا بعد امنه وعند محمد يثبت النسب الى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لانه بالشراء بطل النكاح ووجبت العدة كما لا تظهر في حقه لذلك
وبالعتق ظهرت وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها وذلك ولو جاءت به لاقل من ستة اشهر لزمه للعلم بحبله قبل الشراء وان كان لاكثر
من سنتين من العقد وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لاكثر من ستة اشهر منذ باعها نسبه الى يوم العقد لا يثبت النسب وان اقر
الا بتصديق المشتري لما مر ان النكاح بطل وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق الا انه هنا لا يثبت بلا دعوة لان العدة
ظهرت ثمة ولم تظهر هنا ولو اسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاسلام فقضاء
لاعن ويقطع نسب الولد منه وان احتمل علوقه قبل الاسلام وباعتباره لا لان لكن العلوق حادث والاصل عدم الحوادث ما قلنا
وكذا اذا كانت تحته امة اعتقها مولاها فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر ولاقل من سنتين من وقت الاعتاق قضاء الزوج لاعن وان
احتمل العلوق قبل الاعتاق فان قيل ما ذكر ثم يتقض بمسائل احدها ما لو قال لامرأته احد كما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت
احداهما لاكثر من ستة اشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تعين شرطا للطلاق وذكره في الزيادات
وثانيها ما لو قال لها اذا حبلت فانت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لا يقع الطلاق فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق
بالحبل وثالثها المطلقة الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ولو كانت الحوادث تضاف الى اقرب
الاوقات لثبت هذه الاحكام اعني البيان والطلاق والرجعة قلنا الحوادث انما تضاف الى اقرب الاوقات اذا لم يتيقن بطلانه اما ما كان
ثابتا بالدليل او ترك العمل بالمقتضى اما اذا تعينت فلا فمتى عولت على ما قلنا ثم استقرئت المسائل وجدت الامر عليه فقضى بثبوت الطلاق
في الصورتين الاوليين لبطلان ما كان ثابتا بيقين بلا تعيين وفي الرجعية كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استمرار الرجعية
تفسير القول قوله فهي ام ولده بالاجماع لان سبب وجود النسب وقد وجد وهو الدعوة والحاجة الى تعيين الولد وشبهة الفراش

ترثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا بالنكاح وجه الاستحسان ان المسئلة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح الصحيح اصل للتعيين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا استحقاق الميراث

باب حضانة الولد ومن احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حوي وقد زعم ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رض دفعها لخيرة من شهر عسل عند عمر قال حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

حجة في ذلك بالاجماع اي باتفاق اصحابنا هذا اذا ولدته لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ولو ولدته لستة اشهر او اكثر لا يلزمه لاحتمال انها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الاول لتيقننا بقيامه في البطن وقت القول فيثبتنا بالدعوى **قوله** ترثانه الخ فان قيل ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الارث قلنا النكاح غير متنوع اي ما هو سبب استحقاق الارث وما ليس كذلك بل هو بلزوم لاستحقاقه واذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعي والا لم يكن لازما بخلاف نكاح الامة والكتابية **قوله** وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بحرية الاصل وانها ام الولد واذا ثبت كونها حرة هي ام ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لانه الموضوع لحصول الاولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لانه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله **قوله** فلا ميراث لها قال التمرتاشي ولكن لها مهر المثل لانهم اقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها ام ولد بقولهم **قوله** لاستحقاق الارث فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة الى غيره حتى لا يرث من احد والله اعلم

باب حضانة الولد ومن احق به

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب احوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد **قوله** واذا وقعت الفرقة الخ وهو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها لحقت اولا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان ثابت فهي احق به وما اذا لم تكن اهلا للحضانة بان كانت فاسقة او تخرج كل وقت وتترك البيت ضائعة او كانت امة او ام ولد او مدبرة او مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة او متزوجة بغير محرم وما اذا كان الاب معسرا وابت الام ان تربي الا باجر وقالت العمة انا اربي بغير اجر فان العمة اولى هو الصحيح **قوله** لما روي ان امرأة في سنن ابي داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال عم انت احق به ما لم تنكحي رواه الحاكم وصححه عمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص فاذا اراد بجده محمدا كان مرسلا واذا اراد عبد الله كان متصلا فما لم يقض عليه يصير محتملا للارسال والاتصال وهنا نص على جده عبد الله وحجر الانسان بالفتح والكسر والحوا بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية **قوله** ولان الام اشفق عليه ابدا لحكمة خصوص هذا الشرع وانما كانت اشفق لانه كان جزءا لها حقيقة حتى قد تقرض بالمقراض واقدر على الحضانة لتبتلها بمصالحه والرجل اقدر على الاكتساب فاذا جعلت نفقته عليه اذا لم يكن هو له مال وجعل عندها وقوله واليه اشار الصديق الخ يشير الى ما في موطأ مالك ثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال كانت عند عمر امرأة من الانصار فولدت له عاصما ثم فارقها عمر رض فركب يوما الى قبا فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فاخذه بعضده فوضعه بين يديه على الدابة فادركته جدة الغلام فنازعته اياه فاقبلا حتى اتيا ابا بكر فقال عمر ابني وقال المرأة ابني فقال ابو بكر خل بينه وبينها فما راجعه عمر الكلام وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي وزاد ثم قال ابو بكر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تولد والدة عن ولدها وفي مصنف ابن ابي شيبة ثنا ابن ادريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم ان عمر ابن الخطاب رض طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن ابي الافلح فتزوجت فجاء عمر فاخذ

وسقطت على الاب على ما ذكر والنفقة على الام عليه لانها لم تسقط بتزوجها فان لم تكن الام ام الام اولى من ام الاب وان تساوت
لان هذه ولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن ام الام ام الاب اولى من الاخوات لانهما من الامهات ولهذا تتقدم على من لا يدلي بهما
وتسقط نفقته عن الاب فان لم تكن الاخوات اولى من الخالات والخالات لابوين بنات لابوين ولهن ادلاء بهن في الميراث وفي رواية الخالة اولى من الاخت
لاب لتساويهما في الادلاء وقيل في قوله تعالى ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام على الاخت الشقيقة
من الام ثم الاخت من الاب ان الحق ابن من قبل الام ثم الخالات اولى من البنات ترجيحا لقرابة الام ويتزلن الاخوات معنا ترجيح
ذات قرابتين ثم قرابة الام ثم البنات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها

ابنة فادركته شموس ام المنذر عاصم الانصارية وهي ام جميلة فاخذته فترافعا الى ابي بكر فقال خل بينها وبين ابنها فاخذته ولابن ابي شيبة
ايضا عن عمر انه طلق ام عاصم ثم اتى عليها وفي حجرها عاصم فاراد ان ياخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا الى ابي بكر فقال له
مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه **قوله** والنفقة على الاب على ما ذكر اي في باب النفقة وهذا اذا كان
ميسورا وان كان معسرا فعلى ذي الرحم الوارث على قدر المواريث **قوله** ولا تجبر يعني اذا طلبت الام فهي احق به فان ابت لا تجبر على الحضانة
وهو قول الشافعي واحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية اخرى وهو قول ابن ابي ليلى وابي ثور والحسن بن صالح تجبر و
اختاره ابو الليث والهندواني من مشائخنا لان ذلك حق الولد قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين والامر
الامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي هي من ترضع فان لم يوجد غيرها او لم ياخذ
الولد ثدي غيرها اجبرت بلا خلاف ويجبر الاب على اخذ الولد بعد استغنائه عن الام لان النفقة وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى
وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فاذا اختلفا فقد تعاسرا وكانت الآية للندب او محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها
عسى ان تعجز عنه لكن في الكافي للحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على ان تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط
باطل لان هذا حق الولد ان يكون عند امه ما كان اليها محتاجا هذا لفظه فافاد ان قول الفقيهين جواب الرواية واما قوله تعالى
فسترضع له اخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت احق بالحضانة فانه لا يجب عليها
ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا ان لا يوجد من يرضعه فتجبر **قوله** فان لم تكن اي لم تكن له ام تستحق الحضانة
بان كانت غير اهل للحضانة او متزوجة بغير محرم او ماتت فام ام الولد اولى من كل احد وان علت وعن احمد ام الاب اولى
واستضعف بان ام الام تدلي بالام وهي المقدمة على الاب فمن يدلي بها اولى واحق مما يدلي به فان لم يكن للام ام فام الاب
اولى ممن سواها وان علت وعند زفر الاخت الشقيقة او الخالة اولى منها وعن مالك الخالة اولى من الجدة لاب لما في الصحيحين
ان عليا وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي انا احق بها هي ابنة عمي وقال زيد بنت اخي وقال جعفر بنت
عمي وخالتها تحتي فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة بمنزلة الام وقال لعلي انت مني وانا منك وقال لجعفر
اشبهت خلقي وخلقي وقال لزيد انت اخونا ومولانا ورواه ابو داود وقال فيه انما الخالة ام ورواه اسحق بن راهويه وقال
بعد قوله واما انت يا زيد فاخونا ومولانا والجارية عند خالتها فان الخالة والدة قلنا هذا كله تشبيه فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة
او غيره الا ان السياق افاد ارادة الاول فيبقى اعم من كونه في ثبوت اصل الحضانة او كونها احق به من كل من سواها
ولا دلالة على الثاني والاول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بانها احق من احد بخصوصه اصلا ممن له حق في الحضانة
فيبقى المعنى الذي عيناه بلا معارض وهو ان الجدة ام ولهذا تحرز ميراث الام من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولادة
ظاهرا فكانت مقدمة على الاخوات والخالات فان لم يكن جدة سفلى ولا عليا فالاخوات اولى من العمات والخالات
لانهن بنات في الابوين واولى منهن بنات الاجداد والجدات والشقيقة اولى من غيرها والتي لام اولى من الاخت لاب ولهذا الاخت لاب

كونها

لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه ثوبا وينظر اليه شزرا فلا نظر **قال** الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له ولان لك كل زوج
هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان لم تكن للصبي
امرأة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم
كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى
يستغني فياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وللمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التادب
والتخلق بآداب الرجال واخلاقهم ولا يقدر على التاديب والتثقيف والخصاء لا قدر الاستقلال بسبع سنين اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى
معرفة آداب النساء وللام على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ ولا يد فيه لقوي واهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة

الخالة وفي رواية كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب لانها تدلي بالام وتلك بالاب وفي رواية كتاب النكاح الاخت لاب
اولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلي بالام على المدلي بالاب عند اتحاد مرتبتهما قدم بالفعل رواية كتاب النكاح
يدفع لبعد الاخت لاب الى بنت الاخت الشقيقة ثم الى بنت الاخت لام ثم الى بنت الاخت لاب ثم الى الخالة الشقيقة ثم الى الخالة لام ثم لاب ثم العمات
على هذا الترتيب ثم الى خالة الام لاب وام ثم لام ثم لاب ثم الى عماتها على هذا الترتيب وخالة الام اولى من خالة الاب عندنا
ثم خالات الاب وعماته على هذا الترتيب وقد تبين ان اولاد الاخوات لاب وام احق من الخالات والعمات وان الاخوات لاب وام
احق من ولد الاخت الشقيقة وبنات الاخت اولى منها منبات الاخ لان بنت الاخت تدلي الى من له حق الحضانة واما بنات الاعمام والعمات
والاخوال والخالات فمنعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتاكد بالمحرمية **قوله** لما روينا وهو قوله عم ما لم تتزوجي والندر التعليل
والشزر نظر البغض ولو ادعى ان الام تزوجت وانكرت فالقول لها ولو اقرت بالتزوج الا انها ادعت الطلاق وعود حقها
فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج **قوله** فاختصم المقصود انه اذا
لم يكن للصغير امرأة من اهله او وجب الانتزاع من النساء اخذه الرجال واولاهم اقربهم تعصيبا لان الولاية عليه بالقرب ولذلك
اذا استغنى عن الحضانة كان الاولى بحفظه اقربهم تعصيبا وقد عرف في موضعه اي في الفرائض واولى العصبات
الاب ثم الجد اب الاب وان علا ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ الشقيق ثم ابن الاخ لاب وكذا كل من سفل من اولادهم
ثم العم شقيق الاب ثم لاب فاما اولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام فيبدأ بابن العم لاب وام ثم ابن العم لاب لا تدفع الصغيرة
اليهم لانهم غير محارم وانما يدفع اليهم الغلام واذا لم يكن للصغيرة عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال
لاب وام ثم لاب ثم لام لان للولاء ولاية عند ابي حنيفة رح في النكاح ويدفع الذكر الى مولى العتاقة لانه اخر العصبات
ولا تدفع الانثى اليه ولو كان في المحارم من الاخوة والاعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الامساك
الكل من الكافي واذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كاخوة واعمام فاصلحهم اولى فان تساووا فاسنهم وفي الفتاوى الصغرى
فان لم يكن عصبة فالى ذوي الارحام على الترتيب **قوله** حتى ياكل الخ الذي في الاصل حتى ياكل وحده ويشرب وحده
ويلبس وحده وفي بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده فضمه المص الى ما تقدم وفي نوادر ابن رشيد يتوضأ وحده وذكر
شمس الائمة لا بد من ان يستنجي وحده ليحصل الاستغناء ثم من المشايخ من قال المراد من الاستنجاء تمام الطهارة
بان يطهر وجهه وحده بلا معين ومنهم من قال بل من النجاسة وان لم يقدر على تمام الطهارة **قوله** والخصاف رح قدر الاستغناء
بسبع سنين وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره لانا قيل انه يقدر بتسع لان الاب مامور بان يامره بالصلوة اذا بلغها وانما
يكون ذلك اذا كان الولد عنده ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي احدهما ولكن ينظر ان كان
ياكل وحده ويلبس وحده دفع والا فلا **قوله** وعن محمد رح انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة وهي رواية هشام وفي
غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان وعن ابي يوسف مثله واختلف في حد الشهوة لينبني عليها

ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ سن الاشتهاء وفي الجامع الصغير حتى تستغني لانه لا يقدر على استخدامها ولمن لا يواجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا **قال** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اولان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير وكنا انه تصور عقله يختار من عنده الدعة للتعليم عنده وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة رضوا ثم يخيروا واما الحديث فنقلنا قد قال عليه السلام اللهم اهده وفي الاختيار الانظر دعاء عليه السلام ومحمل على ما اذا كان بالغا

اخذ الاب وثبوت خدمة المصاهرة قالوا بنت تسع مشتهاة وخمس ليست مشتهاة وست وسبع وثمان ان كانت عبلة مشتهاة والا فلا **قوله** ومن سوى الام والجدة يعني الجدتين من قبل الام والاب **قوله** لانها لا تقدر على استخدامها شرعا وتعليم اداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب وانما يحصل بالاستخدام بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليها شرعا ولذا جاز ان يواجرها قال الحاكم الجليل الشهيد وان كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورايها وامرها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث احبت في مكان لا تخوف عليها **قوله** والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق الولد وحال الحرة فيه انه ان كان الولد رقيقا كان مولاه احق به منها وان كان حرا كانت احق به من الزوج بعد الطلاق ومن مولاه ان كان له مولى اعتقه ومن مولاها ان كان ابنها منه قبل عتقها ولو فارقها زوجها وهي امة فالولد لمولاها وهو اولى به من الاب لانه مملوكه وان كان الزوج حرا وكذا ان كان الزوج حرا ولم يفارق امه فالمولى احق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين امه للنهي عن ذلك ذكره في الكافي وفي التحفة المكاتبة ان ولدت قبل الكتابة لا حق لها وان بعده فهي اولى به لدخوله تحت الكتابة **قوله** او يخاف بالرفع استئنافا وفي بعض النسخ او يخف بالجزم عطفا على ما لم يعقل ويمنع ان تغذيه الخمر او لحم الخنزير وان خيف ضمه الى ناس من المسلمين ويروى بالنصب ايضا على معنى الا ان يخاف مثله في قوله لا تزنك او تقتلني حتى ولكن هذا في اولاد الاولاد وقال الشافعي واحمد وروايته عن مالك لا حضانة لها والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وابي ثور وقوله للنظر بعد ذلك دافع لقولهم وحاصله ان الانظر الصغير ان يكون عند الام لوفور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا **قوله** ولا خيار للغلام يعني اذا بلغ السن الذي يكون الاب احق به كسبع مثلا اخذه الاب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك وعند الشافعي يخير الغلام في سبع او ثمان وعند احمد واسحق يخير في سبع فاذا اختار احدهما وسلم اليه ثم اختار الآخر فله ذلك فان عاد واختار الاول اعيد اليه هكذا ابدا قال في المغني وهذا لم يقل به احد من السلف والمعتدة لا يخير ويكون عند الام **قوله** لان النبي صلى الله عليه وسلم خير اخرج الاربعة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين امه وابيه قال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي داود والنسائي فيه قصة لابي هريرة قبل ان يروي الحديث حاصلها انه خير غلاما في واقعة رفعت اليه ثم روى الحديث ولفظه سمعت امرأة جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم وانا قاعد عنده فقالت يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بير ابي عنبة فقد نفعني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي فقال هذا ابوك وهذه امك فخذ بيد ايهما شئت فاخذ بيد امه فانطلقت واستدل المص بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر واجاب عن الحديث بوجهين احدهما انه عرض وعا ان يوفق الاختيار الانظر على ما رواه ابو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض عن عبد الحميد بن جعفر عن ابيه عن جده رافع بن سنان انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فجاء بابن لهما صغير لم يبلغ فاجلس النبي صلى الله عليه وسلم الاب هنا والام هنا ثم خيره وقال اللهم اهده فذهب الى ابيه وفي لفظ آخر انه اسلم وابت امرأته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابني فهي فطيم وقال رافع ابني فاقعد النبي صلى الله عليه وسلم الام ناحية والاب ناحية واقعد الصبي ناحية وقال لهما ادعوه فمالت الصبية الى امها فقال

فصل واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا

عم اللهم اهده فمالت الى ابيها فاخذها واخرجه الدارقطني من طريق ابي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة واخرج ابن ماجة والنسائي في سننه عن اسمعيل بن ابراهيم بن علية ثنا عثمان الثقفي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده ابي سلمة ان ابوين اختصما في ولد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم احدهما كافر فخيره النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه الى الكافرة فقال اللهم اهده فتوجه الى المسلم فقضى له به قال ابن القطان بعد ذكره الروايتين في انه غلام او جارية ولعلهما قضيتان قال وقد روى من طريق عثمان الثقفي عن عبد الحميد بن سلمة عن ابيه عن جده عن ابويه اختصما فيه رواه ابن ابي شيبة ورواه غيره وقال فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ولا يصح ذلك لان عبد الحميد بن سلمة واباه وجده لا يعرفون ولو صحت لا ينبغي ان يحمل خلافا لرواية اصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فانهم ثقات وهو وابوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف وافاد ان المراد بقوله عن ابيه عن جده جد ابيه قال فانه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن رافع بن سنان ونحن نقول انه اذا اختار من اختاره الشرع دفع له لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخيير غيره ام مع دعائه فيجب بعده عدم اعتبار منطقه الانظرية وهو فيما قلنا ثانيهما انه كان بالغا بدليل الاستغناء من بير الى عتبة من دون البلوغ لا يرسل الى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلة عقله وعجزه عنه فالبلوغ نقول اذا بلغ فهو مخير بين ان ينفرد بالسكنى وان يكون عند ايهما اراد اللهم الا ان يبلغ سفيها مفسدا فح يضمه الى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ولا نفقة له على الاب الا ان يتطوع اما الجارية فان بلغت بكرا ضمها الى نفسه لانها عورة بعد وان بلغت ثيبا ولها ان تنفرد بالسكنى الا ان تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللاب ان يضمها اليه وكذا الاخ والعم الضم اذا لم يكن مفسدا فان كان فح يضعها القاضي عند امرأة ثقة ولهذا صح ان الصحابة رضي الله عنهم لم يخيروا على ما تقدم مع قصة عمر مع ابي بكر رضي الله عنه وما اسند عبد الرزاق عن عمر انه خير ابنا فاختار امه فانطلقت به محمول على انه عرف ميل الابن الى امه وهي في الواقع احق بحضانته فاحب تطييب قلب الاب من غير مخالفة للشرع فخير ويدل عليه ما تقدم انه لم يراجع ابا بكر رضي الله عنه الكلام والجواب ان عدم المراجعة ليس دليلا لان ابا بكر رضي الله عنه كان اماما يجب نفاذ ما يحكم به من رآه وان خالفه رأي المحكوم عليه فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه اول الباب

فصل اذا ثبت حق الحضانة للام فاراد ان تخرج بالولد الى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لان حق السكنى له بعد ايفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه وان كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلد التي تريد الخروج الى بلدها وقد وقع العقد فيها او في الاول ليس للاب منعها وان لم تكن كالكوفة من الشام الا ان يكون دار حرب وهو مسلم او ذمي وان كانت هي حربية ولو كان كلاهما مستأمنا جاز لها ذلك لانه لما عقد به فالظاهر انه يقيم به غير انه اذا خرج بعد ذلك وقد اعطاها المهر وجب عليها المتابعة او تابعته بلا وجوب واذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الامر الى الاول ولو كانت الاولاد عينا بان تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له اولادا فخرج بهم الى الكوفة ثم طلقها فحاضنته فيهم ليردهم اليها فان اخذهم باذنها ليس عليه ان يجيء بهم اليها ويقال لها اذهبي اليهم فخذيهم وان كان بغير اذنها فعليه ان يجيء بهم اليها وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه او عقد فيه وليس مصرها على اصح الروايتين كما سيذكره المص الا ان يخرج

الوصي

الام

قوله وفيه اشارة الى انه ليس لها ذلك وهذه رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير ان لها ذلك لان عقد متى وجد في مكان يوجب احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك حق امساك الاولاد وجه الاول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا وهذا هو الحاصل اما بد من الامر بين جميع الوطن ووجود المتكلم وهذا انما اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا انتقلا باعيانهما يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر كالبصرة لان بنه نظر الصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر ويبقى ضرره بالاب وفي عكسه ضرره بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد وليس لها ذلك

اسند مقر بيت لو نهى الاب لها الولد امكنه ان يبيت في اهله او قرية كذلك وكان العقد في قرية لانه كالانتقال من دار الى دار ثابتة ودان لم يكن العقد في قرية بل في مصر فليس لها اخراجه الى القرية بالقرية بناء فيما بين الاب والام اما لو كانت الام ماتت وصارت الحضانة للجدة فليس لها ان تنتقل بها الولد الى مصرها لانه لم يكن بينهما عقد وكذا ام الولد اذا اعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لانه لا عقد بين الاب وام الولد ولنتكلم على فصول الكتاب قوله قال عم في مسند ابن ابي شيبة ثنا المعلى بن منصور عن عكرمة عن ابراهيم الازدي عن عبد الرحمن بن الحارث بن ابي ذباب عن ابيه ان عثمان رضي الله عنه بعث الى ابي هاشم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تاهل في بلدة فهو من اهلها يصلي صلوة المقيم وانا تاهلت منذ قدمت مكة ورواه ابو يعلى كذلك ولفظه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اذا تزوج الرجل ببلد فهو من اهله وانما اتممت لاني تزوجت بها منذ قدمتها وقد ضعف عكرمة الازدي قوله ولهذا يصير الحربي به ذميا ظاهره ان بالتزوج يصير الحربي ذميا ووقع في الكافي بانه خلاف المصرح به بل لا يصير الحربي بالتزوج في دار الاسلام ذميا لانه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود وانما ذلك في الحربية اذا تزوجت في دار الاسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما لما يصح بحمل الحربي على ارادة الشخص الحربي فيصح مراد الحربية وتجويز ان يكون مرجع الضمير التزام المقام قال وهو ظاهر لو سبق الكلام له وفي النهاية وجدت بخط شيخي ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل الفصل قوله وان ارادت الخروج بقوله فهو منهم وما ذكر هنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى وعلى هذا لا حاجة الى التكلف لتوجيهه بما قلنا ولغيره وتحميل المصنف اياه مع انه لا يصح لان مرجع الضمير ان كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستغناء بتزوجه المرأة الحربية على صيرورتها من اهلها والحال ان صيرورتها كذلك لامر يخصها لا يوجد في حقه وان كان التزام المقام فليس السوق لاثباته قوله اشار في الكتاب اي القدوري وقيل المبسوط والاول اولى لانه معتاد المصنف ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية ووجهه ان قوله الا ان يخرج بها الى وطنها يفيد ان غيره داخل في الخطر والذي وقع فيه التزوج غير وطنها وقوله وهو رواية كتاب الطلاق اي من الاصل وفي العكس وهو ما اذا ارادت الانتقال الى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه اي اذا كان البيع في ذلك المكان لا مطلقا فان في الفتاوى من باع شيئا او اشتراه بالقرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد وان لم يعلم فهو بالخيار ان شاء سلمه في مكانه وان شاء فسخ ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار قوله فكذا حق امساك الاولاد لان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالاحكام من وجوب التسليم والتسلم قوله تفاوت اي بعد وفي عكسه وهو ان ينتقل من المصر الى القرية لا يجوز وان كانت القرية قريبة الا اذا وقع العقد فيها وهي قريبة فح لها ذلك ذكره في شرح الطحاوي وفي شرح البقالي ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك او لا والاول هو المنصوص ذكره حاكم الشهيد في الكافي الذي هو كلام محمد اذا كان اصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فارادت ان تخرج بهم من قرية الى قرية فلها ذلك ان كانت القرى قريبة ينظر بعضها الى بعض ما لم يكن له ذلك لقطعه عن ابيه اذا اراد ان ينظر اليه من يومه واذا اراد ان تخرجه من مصر الى

ذلك

باب النفقة

قال النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها بالمعروف والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس في كل من كان محبوسا لحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل كلها تدل فيما اذا تستوي فيها المسلمة والكافرة وتعتبر في ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره انها اذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار وان كان معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر انفقها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي لا يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عليه السلام لهند امرأة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو النفقة فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة واما النص فنحن نقول بموجبه انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط

الى قرى فان كانت قريته منها فليس لها ذلك الا ان يكون النكاح واقع في تلك القرى وفيه ايضا وليس للمرأة ان تشتري لولدها وتبيع وان كانت احق به الا ان يكون وصية والله سبحانه اعلم

باب النفقة

النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت او من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا رواجت وذكر الزمخشري ان كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفح ونفس ونفى ونفد وفي الشرع الادرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدأ بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالسبب الابعد والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن قيل هي الزوجات وقيل هي المطلقات والاول هو الظاهر وقال الله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها وقال الله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقال عم في خطبته بعرفة في حجة الوداع كما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل في الحج فاتقوا الله في النساء فانهن عوان واخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطئن فرشكم احدا تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيح ان هند ابنة عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي ابني الا ما اخذت من ماله بغير علمه فقال عم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلماء وما نقل عن الشعبي رح من قوله ما رأيت احدا اجبر على نفقة احد بحسب تاويله والله اعلم بصحته **قوله** وكل من كان محبوسا لحق مقصود لغيره اي المنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست مستحقة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد يرجع عليها بما انفقت اما لو انفقت عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه فان اقر بان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند ابي يوسف وعندهما الصحيح فتستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحقها عندهما ايضا لانه ممنوع عن وطئها ولو اقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم اصله في المحرمات والله اعلم **قوله** اصله العامل في الصدقات والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا اقاموا لدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات حبسا لعلة عن الانتشار فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن او لا وغنيات وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطا لازما في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهر بالا تسقط النفقة ايضا وان كان لغير حق لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتاخرين لا نفقة لها حتى تنزف الى منزل الزوج وهو رواية عن ابي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ ابي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وبيانه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع حتى تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضي بمطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها **قوله** وعليه الفتوى اختار المعتمد الخصاف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رح وقال في التحفة انه الصحيح والاخفا في وجوب نفقة اليسار في يسارها والاعسار في اعسارها وانما ظهر الخلاف في الاختلاف كما اذا

وهو الواجب به يتبين انه لا معنى لتقديره كما ذهب اليه الشافعي رح انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط مد ونصف مد كما بينا
كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة
لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس بمعنى من قبله فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها

كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المص يجب فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى ظاهر الرواية تجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين وفي الثاني نفقة الموسرين والمص لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاف بل ترك ما اذا كانت موسرة والزوج معسرا وكانه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى ح ان يقول فان كان احدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال لمذهب الخصاف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها وجهه انه يصلح ردا لاعتبار حالها فقط يعني اذا اثبت اعتبار حالها في هذا الحديث لبطل قولكم يعتبر حاله فقط ثم اعتبار حاله ثابت لابد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالها فيلزم اعتبار حالها ويورد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة او لا والمعسر معسرة كانت او لا فاعتبار حالها زيادة موجبة لتغيير حكم النص اذ لو وجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز وافاد المص دفع هذا بقوله واما النص فنقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها في القدر ما يجب لها والحديث افاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد باعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بان يكون الواجب عليه باكثر فيما اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا ان نقول يجوز عليه عم بان زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله واطلق لها ان تاخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه الآية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ على حاله الا ان هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على انها ليست سلوكا بها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر او ان قوله تعالى متاعا بالمعروف الآية يفيد بالقدرتين اي على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر وهذا لان المعروف ان لا يدفع للفائقة ما يدفع للفقيرة قوله وهو الواجب اي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالها وقد يقال لا يتمشى على جميع اقسام تفسير قول الخصاف رح بل في اوساط الحال وفي اختلافها باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا اوسط واما في يسارهما فيمكن ان يقال يجب نفقة هي وسط في اليسار واما في اعسارهما فيجب ايضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعسارها غاية في الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله او حالها لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله عم خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وهند غاية اعسارها واعساره المعروف دون المتوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت و اعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا ماء وما قوله لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه لانه يختلف باختلاف الطبائع واحوال الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله او حالها في النفقة فهي الكسوة مثله واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في المعسرة كذا في الاصل واشار شيخ الاسلام الى ان القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد رح في الزيادات ومن المتاخرين من قال ينظر الى زيه وزيها الا في العلوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسالت القاضي ان يسال عن يساره في اليسر فليس ذلك على القاضي فان فعله فانا

حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس منها واذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها

عنه انه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر الا ان يجيء بذلك مدلان انهما على ذلك فيكونان بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من ورائه لم يؤخذ بقولهما فان اقامت البينة انه موسر ما قام الزوج انه محتاج اخذ بينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم **قوله** حتى تعود الى منزله يفيد ان النشوز المستقبل يسقط النفقة ماخوذ فيه خروجها عن منزله والتحرير ان الماخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء الى المنزل سواء كان بعد خروجها او امتنعت ان تجيء الى منزله ابتداء لبعد الغاية معجل مهرها او عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فرقبل ان تسأله ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا فان كانت ساكنة في ذلك لتنتفع بملكها فابى فمنعته الدخول كان لها النفقة وفي الفتاوى لو قالت انما خرجت لانك ساكن في ارض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوى النسفي لو كان يسمر عندها بنسف فيثبت اليها اجنبيا ليجامعها اليه فابت لعدم الحرم لها النفقة **قوله** لا يستمتع بها اي لا توطأ وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطء وبه قيد الحاكم قال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها الى ان تصير الى حالة تحتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج او الاب واختلف فيها فقيل اقلها سبع سنين وقال الثاني اختار مشائخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله يختلف باختلاف البنية وعلى قول جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب وان كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية قلنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فمرجع الضمير الوالدات فلا يتناول الصغائر واما قوله تعالى فلينفق ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق يعني على من يستحقها ولم نبين من مستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد لبعضهن الا يرى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيحتاج في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه واما حديث جابر فقوله عم فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمرجع الضمير فيه النساء اللاتي علمت فروجهن ونقول لا يحل فرج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك او طريقه ولو سلم فالانفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة اجنبية فاستحقاقها النفقة اما ان يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره الحاقا للملك القاصر بالملك الكامل في المرتوقة او لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج اعني الوطء او دواعيه او لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بالسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بالسبب ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا ان يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه فهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على احد الاوجه التي ذكرنا ما وسنوردها وجها وجيها والمعوض الملك هنا المهر فلا يكون النفقة ايضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن من جعل المعوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على الف وعبد لان الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت ايضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيئا فشيئا ولو كانت جزءا من العوض لزوم جهالة احد العوضين فانما تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا الى بقائه وهذا طريق المصنف وعلى هذا يجب ان يقول النفقة في المرتوقة ايضا جزاء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملة الوطء ان امكن لا الملك وهذا حق الا يرى انه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتقاضه بالناشزة ولا ما قبله لفرض انتفاء الدواعي بانتفاء كونها ممن يوطأ واما الثاني فهو العلة لظهور اثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم وانما لم نقل فتعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا يكون سبرا فلما اشبه المناسبة لظهور الاثر له في الاصدقة والسير وانما هو في الحقيقة باب

وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة له لان امتناع الاستمتاع معنوي فيه احتباس الموجب لا يكون دليلا في منعه مستحق بالنكاح بل يوجب وجود
الموجب لها بين حق الشرع وحق الزوج ونفقة وان كانت صغيرة لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لان التسليم يتحقق منها وانما الفوت من قبل الصغار كالمجبوب والعنين والاحتباس
للزوج في دين فلا نفقة لها لان فوت الاحتباس من قبلها وان لم يكن منها بان كانت مجنونة فليس له وكذا اذا غصبها رجل كرها فان ذهب بها عن اهله يوسف ان لها
النفقة والقول الاول لان فوت الاحتباس ليس منه ليصل بالتقدير ولكن اذا ذهبت مع محرم لان فوت الاحتباس منها عن ابي يوسف ان لها النفقة لكن لا تقضى
الا بعد ذلك ولكن عليه نفقة الحضر دون السفر لانها مستحقة عليه ولو سافر بها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لان الاحتباس قائم لقيامه عليها وعن نفقة الحضر دون السفر
ولا تجب الكراء لما قلنا وان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوات الاحتباس لا سقاطه وجه الاستحسان
ان الاحتباس ثم يستلزم بقاء وتحفظ الميت والمراد بها ان ذلك عن ابي يوسف انها اذا سلمت نفسها ثم مرضت فنفقة النفقة لا تجب السفر

عليه ما مياه الشهوة والبطال ما يتيسره بذا وقد تنقض بالرتقاء والقرناء والتي اصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطيها لكبرها فان من النفقة والاحتباس
للوطء اجيب بان المعتبر في ايجاب النفقة احتباس يتمتع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع او الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود
فيهن لان يجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فانها لا تكون مشتهاة اصلا فلا يجامع فيما دون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع
الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة كذا في الذخيرة
وعلى هذا من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهى للجماع فرض محال لانها اذا لم تكن بحيث تشتهى للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج نعم يتصور
وهو ان قولنا الصغيرة التي لا توطأ مثلها ليس معناه لا تشتهى للوطء او لا تطيق الوطء فان كان الاول فالملازمة حقة وان كان الثاني فان ثبت
التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتهاء فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بناء على ان المراد عدم الاطاقة مطلقا والا فمن
واحد من يطيق الوطء فالظاهر ان من كانت بحيث تشتهى للجماع فيما دون الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة فان لم تطقه من خصوص زوج
مثلا فتجب لها النفقة ومن لا فلا تجب لها النفقة وفي خزانة الفقه للفقيه ابي الليث عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع
والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمجوسية في دين والمسافرة بحج اذا لم يكن معها زوجها والامة اذا لم يتولها
مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمراة اذا قبلت ابن زوجها او اباه بشهوة **قوله** وان كانت صغيرة الخ
ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه عن الطرفين جميعا بان كان صغيرين لا يطيقان فلو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب
وفي الذخيرة لا نفقة لها واكثر ما في الباب ان يحصل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا يستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا
تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ولا يخفى امكان عكس هذا الكلام فيقال يحصل المنع من جهتها كالمعدوم فيجب الخ
والتحقيق ان النفقة لا تجب الا بتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيدور ذلك وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرة وتجب في الكبيرة تحت
الصغيرة **قوله** وعن ابي يوسف ان لها النفقة اي في صورتي حبسها وغصبها لانه لا منع من جهتها واختاره السغدي والفتوى على الاول وهو قول
محمد لان النفقة عليه عوض عن احتباسه اياها غير انه اذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فيجب مع فواته فاذا كان لا لمعنى من جهته لم يكن
تقديره قائما فات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فعند عدمه ينعدم الحكم ونظيره ما لو غصب العين من يد المستاجر لا يجب الاجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لان
جهة المستاجر وان لم يكن من جهة الاجر بخلاف ما لو حبس ظلما او في حق يقدر هو على ايفائه او لا يقدر او هرب او ارتد او اسلمت وابى هو الاسلام او طلقها بعد الدخول
وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لا تسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة او بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث تجب لها النفقة لفوات
جهته حقيقة او معنى وان لم يكن له تعمل منه **قوله** وكذا الخ اي لا نفقة لها اذا خرجت مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج فان
لها النفقة اتفاقا **قوله** لان اقامة الفرض عذر قلنا نعم ولكنه من جهتها والاحتباس الفائت انما يجعل باقيا تقديرا اذا كان
الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بان يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان هذه
الزيادة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه **قوله** لما قلنا اي من ان نفقة الحضر
هي المستحقة واجمعوا على ان الصوم والصلوة لا يسقط النفقة **قوله** ويسيرها اي ويسير استمتاعا ويدخل في مسماه ذلك الجماع فيما دون الفرج

قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه **قال** وتفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها

والقبلة وغيرها فكان الاحتباس الموجب قائما وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله اعلم

قوله قالوا هذا احسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة من تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض ولا يخفى ان اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن ابي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الاصح لتعلقها بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون تلك الرواية عن ابي يوسف وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستيناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المرأة واجبة على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع عن الجماع او كبرت حتى لا يستطيع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع او بها رتق يمنع الجماع او قرن كان لها النفقة وقال الحلواني اذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا التقييد للاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها او لا قبل الدخول او بعده تجب وفي الاقضية لو كانت محرمة او رتقاء او قرناء تجب وفي الجامع الكبير سواء اصابتها هذه العوارض بعد ما انتقلت الى بيت الزوج او قبله فيما اذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية عن ابي يوسف لا نفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطيها قبل ان ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى اهلها اما اذا نقلها هو الى بيته مع علمه بذلك لا يردها الى اهلها انتهى كلامه من الخلاصة وبه يظهر لك ما عكسنا به فيمن اختار قول ابي يوسف ثم عن ابي يوسف في التي مرضت في منزله اذا طاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها **قوله** وتفرض على الزوج النفقة الخ قال المص والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل ان التكرار ليس بلازم اصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير يمكن هي من التناول قدر كفايتها ليس لها ان تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة يفرض اذا طلبت فافاد ما قلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذي يلي الانفاق الا اذا ظهر عند القاضي مظلمة فح تفرض النفقة ويامره ان يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وقيد اليسار اثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففي المحترف يوما يوما اي عليه ان يدفع نفقة يوم يوم لانه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا وقته وهذا بناء على ان عليه ان يعطيها معجلا او يعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك الى التمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر لشهر او من الدهاقين فنفقة سنة بسنة او من الصناع الذي لا ينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك ولو فرض عليه اكثر من قدر حاله له ان يمتنع عن اعطاء الزائد وفي الاقضية يفرض الادام ايضا اعلاه اللحم وادناه الزيت واوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لا يفرض الادام الا اذا كان خبز شعير والحق الرجوع في ذلك الى عرفهم ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح

ووجوه ان کفایتها واجبة علیه وهذا من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تجبر علی اکثر من نفقة خادم واحد وهذا عند ابی حنیفة وقال

وخبزه وثمن ماء الوضوء علیها فان کانت غنیة تستاجر من ینقله ولا تنقله بنفسها وان کانت فقیرة فانا ان ینقله الزوج لها او یدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال علی الزوج فی الفتاوی لانه مؤنة الجماع وفی کتاب رزین جعله علیها وفصل فی ماء الطهر من الحیض بین ان یکون حیضها عشرة ایام فعلیها او اقل فعلیه واجرة القابلة علی من استاجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغیر استیجار فلقائل ان یقول علیه لانه مؤنة الجماع ولقائل ان یقول علیها کاجرة الطبیب وفی المحیط اذا کان للزوج علیها دین فقال احسبوا لها من نفقتها کان له ذلک بخلاف سائر الدیون حیث تقع المقاصة واذا لم یتقاصا وتفرض الکسوة علی کل ستة اشهر الا اذا استزوجها وبنی بها قبل ان یجب الیه الکسوة فان لها ان تطالبه بها قبل مضی ستة اشهر والکسوة کالنفقة فی انه لا یشترط مضی المدة وللزوج ان یدفع الی القاضی لیامرها بلبس الثوب لان الزینة حقه واذا فرض لها کسوة ستة اشهر فتخرقت قبل مضیها ان لبست لبسا معتادا تبین ان ذلک لم یکفها فیجدد ولتبین خطأ فی التقدیر وان تخرقت لخوف استمالها لا یفرض لها اخری بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتی مضت ستة اشهر تفرض لها اخری بخلاف المحارم کذا فی الاقتضیة ولو کانت تلبس لیوما وتترک یوما توقیرا یجدد لها الکسوة اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم یجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقیت کلها بعد انقضاء المدة او بقی منها شیء فی الشهر الآخر ایضا یفرض وفی المحارم لا یفرض وفی ادب القاضی للخصاف یفرض قمیص مقنعة وملحفة وتزاد فی الشتاء سراویل وجبة باعتبار عرفه ولیس فیه ذکر الخصاف السراویل فی کسوة الشتاء دون الصیف ولم یذکر محمد اصلا قال السرخسی لم یوجد محمد الازار لانه للخروج ولیس لها ذلک ولهذا لم یوجبوا لها المکعب والخف انتهی وقیل اختلاف عرف والعرف ایجاب السراویل فی الصیف والشتاء للبسه فی البیت والقاضی ینظر الی عرف کل قوم فیفرض بالعرف فعلی المعسر قال محمد درع یهودی وملحفة رطبة وخمار سابوری ارخص ما یکون وما یفرض فی الشتاء وعلی الموسر درع یهودی او هروی وملحفة دینوریة وخمار ابریسم وکساء اذربیجانی ولها فی الصیف درع سابوری وملحفة کتان وخمار ابریسم فذکر فی الاصل الدرع والخصاف القمیص وهما سواء الا ان القمیص یکون محیطا من قبل الکتف والدرع من قبل الصدر ویجب لها فی الشتاء اللحاف وفراش النوم وفی کسوة الخادم ذکروا الازار والخف والمکعب وفی الخلاصة هذا فی دیارهم بحکم العرف اما فی دیارنا یفرض المکعب ویفرض ما تنام علیه وینبغی ان یکون لها فراش علی حدة ولا یکتفی بفراش واحد لها لانه قد تنفرد فی الحیض والمرض وفی الاشرف فراش لک وفراش لاهلک وفراش للضیف والرابع للشیطان واذا ارسل ثوبا فاختلفا قالت هدیة وقال من الکسوة فالقول له فان اقام البینة علی اقرار کل منهما بدعوی الآخر او علی نفس هذه الدعاة فالبینة بینة الزوج لانه هو المدعی للقضاء وکذا فی دراهم فقالت هدیة وقال نفقة او قال من المهر وقالت نفقة وکذا فی جمیع قضاء الدیون اذا کانت من وجوه مختلفة قوله ووجهه ان کفایتها الخ ظاهر من الکتاب ثم هل یراد بالخادم مملوکها او اعم منه قال بعضهم المملوک فلو لم یکن لا یستحق وقال بعضهم کل من یخدمها حرة کانت او امة لها او لغیرها وفی الفتاوی الصغری لو کانت المنکوحة امة لا تستحق نفقة الخادم لبنات الاشراف ولو افقه ما قیده به الفقیه ابو اللیث کلام الخصاف حیث قال فی ادب القاضی فرض ما یحتاج الیه من الدقیق والدهن واللحم والادام فقالت لا اخبز ولا اعجن ولا اعالج شیئا من ذلک لا تجبر علیه وعلی الزوج ان یاتی بمن یکفیها عمل ذلک قال الفقیه

وقال ابو يوسف رح تفرض لخادمين كانهما تحتاج الى اخر هما الصالح الداخل والى الاخر الصالح الخارج وله ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه يؤدي الى ان
بنفسه كان كابنا فكان اذا قام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو
ادنى الكفاية وقوله في الكتاب اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح
وهو الاظهر خلافا لما قاله محمد رح لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة
نفسها ومن اعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما او يقال لها استدن بني عليه وقال الشافعي رح يفرق

هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز او كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب
عليه ان يأتيها بمن يفعله وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن اذا لم تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح وقالوا
ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما نذكره ايضا ان شاء الله تعالى **قوله** وقال ابو يوسف تخادمين
وكذا ذكر في فتاوى اهل سمرقند ووجه الدفع ظاهر من الكتاب **قوله** ولانه لو تولى اي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا
قد يمنع هذا على رواية عن ابي يوسف في الاقضية ولو قال الزوج انا اخدمها عن ابي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا
يقبل وعن ابي يوسف في رواية اخرى اذا كانت فائقة في الغنا رفعت اليه مع خدم كثير استحقت نفقة الكل عليه وهي رواية
هشام عن محمد واختارها الطحاوي **قوله** خلافا لما يقوله محمد وهو انه اذا كان لها خادم يفرض لها لا لحالها تكتفي بخدمة نفسها فيفرض
ولو كان معسرا وجه الظاهر انها بحيث تكتفي بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه الا حالة اليسار لان المعسر انما
يلزمه ادنى الكفاية فقط وهذا يخالف ما ذكر المص من لزوم اعتبار حالها وانه عند اعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي
دين عليه وقياسه انه تجب نفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمرأة خادم لا يجب لها النفقة لان استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها الى نفقة الخادم
انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال والغازي اذا شهد الوقعة
بلا فرس واغنى غنا الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله اعلم ولو كانت له اولاد ولا يكفيهم خادم واحد فرض عليه تخادمين او اكثر اتفاقا
وفي التجنيس امرأة لها مماليك قالت لزوجها انفق علينا من مهري فانفق فقالت لا اجعلها من المهر لانك استخدمتهم فما انفق بالمعروف
محسوب عليها لانه بامرها **قوله** ومن اعسر بنفقة امرأته الخ بقولنا قال الزهري وعطاء وابن ليسار والحسن البصري والثوري وابن ابي
وابن شبرمة وحماد وابن ابي سليمان رض والظاهرية ومعنى الاستدانة ان تشتري الطعام على ان يؤدي الزوج ثمنه وقال الخصاف
الشرى بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج وبقول الشافعي قال مالك واحمد في ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف
العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن وهذا التفريق فسخ عند الشافعي واحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسر
لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال
ثم اعلم ان ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا اما اذا غاب غيبة منقطعة ولم تخلف لها نفقة فرفعت الامر الى
القاضي فكتب القاضي الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة فرق بينهما هل تقع الفرقة قال الشيخ الامام ابو الحسن السغدي نعم
اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب الذخيرة في هذا الجواب نظر فالصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون
قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عنه فان دفع هذا القضاء الى قاض آخر فامضاه جاز قضاؤه والصحيح انه لا ينفذ لان
هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الامام الاستروشني فتكون الشهود
علمت مجازفتهم فلا يقضي بها كما ذكر ظهير الدين واعلم ان الفسخ اذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه
بمعنى فقده وهو ان تتعذر النفقة عليها قال القاضي ابو الطيب من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ

لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل وفائدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمسكها

قاله في الحلية وله وجه جيد فلا يلزم مجيء ما قال ظهير الدين قوله لانه عجز الخ استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في سنن النسائي عن ابي هريرة عن النبي عم وساق الحديث الى ان قال وابدأ بمن تعول فقيل من اعول يا رسول الله قال امرأتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني ولدك يقول الى من تتركني كذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن ايوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان وقال الدارقطني ثنا ابو بكر الشافعي ثنا محمد بن بشير بن مطر ثنا شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال المرأة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث قال الدارقطني حدثنا عثمان بن احمد السماك وعبد الباقي بن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد بن علي الخزاز ثنا اسحق بن ابراهيم البادرائي ثنا اسحق بن منصور ثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال يفرق بينهما وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه عم مثله وقيل سعيد بن منصور في سننه ثنا سفيان عن ابي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته ايفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنة عم وغاية ان يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعقول والقياس على الجب والعنة بل اولى لان البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوة وايضا منفعة الجماع مشترك بينهما فاذا ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي المختص بها اولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا عسر بنفقته قوله ولنا المنقول والمعنى اما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وغاية النفقة ان يكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانتظار بالنص واما المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تاخير حقها دينا عليه اذا دار الامر بينهما كان التاخير اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا يصير دينا على الزوج ولا النفقة المملوك تصير دينا على المالك ويحيض المملوك لان في الزام بيعه ابطال حق السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد عجز نفقتها لم يفرقها القاضي عليه واما المروي عن سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الارش كالرجل الى ثلث الدية فاذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل قال ربيعة عن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثا قال ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فهي قوله سنة فيكون ما قاله اعتمادا على ما عن ابي هريرة موقوفا عليه هذا

احالة الغريم على الزوج فان اذا كانت الاستدانة بغير امر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها النفقة الموسر لان النفقة تختلف بحسب اليسار والاعسار وما قضى به تقدير نفقة لم تجب فاذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضى بانفاقه لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك الا بوجود القبض والصلح بمنزلة القضاء لان ولايته على نفسه اقوى من ولاية القاضي فجاز الحكم كالمعوض

بعد تسليم صحته والا فقد روي عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر واما المروي عن ابي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في ان رفعه غلط وانما هو من قول ابي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام افضل الصدقة ما ترك غنا وفي لفظ ما كان عن ظهر غنا واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول فتقول المرأة اما ان تطعمني واما ان تطلقني ويقول العبد اطعمني واستعملني ويقول الولد اطعمني الى من تدعني قالوا يا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة فثبت انه موقوف عليه بلا شبهة ثم ليس في قول ابي هريرة هذا ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق فكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على احد الامرين جميعا وهو الانفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا مثل واشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي ان يبدأ بنفقة العيال والا قالوا لك مثل ذلك وشوسوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا واما ما تقدم من رواية الدارقطني عن ابي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث ابي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي ورواية ذكره ابن القطان في الوهم والايهام **قوله** احالة الغريم على الزوج اي وان لم يرض الزوج وفي التحفة فائدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين ان يأخذ دينه من الزوج او من المرأة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين ان يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفائدة اخرى وهي انها لا تسقط بموت احدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر او اخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز بتبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة يجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر اولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب **قوله** تمم لها نفقة اليسار هكذا مشى عليه ايضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بانه نوع تناقض وان ما ذكره اول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله او حالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها ان تطالبه في ان تزيد في الفرض ولو كان على قلبه كان الزوج ان ينقض **قوله** وما قضى به تقدير نفقة لم تجب لان النفقة تجب شيئا فشيئا في المستقبل فلا يتقرر حكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله **قوله** لم ينفق الزوج عليها بان غاب عنها او كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض او اصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن احمد وفي رواية اخرى وهو قول مالك والشافعي يصير دينا عليه الا اذا كانت اكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الاصح **قوله** لانها صلة اي من وجه **قوله** ليست بعوض اي من كل وجه بل هي عوض من وجه دون وجه

وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهر لا سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة لان النفقة صلة والصلة تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لانه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه وان اسلفها نفقة السنة اي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة لانها استحقت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما انه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يستردونه شيئا منها بالاجماع وعن محمد رحمه الله انها اذا قبضت نفقة الشهر او ما دونه لا يسترجع منها شيء لانه يسير فصار في حكم الحال واذا زوج العبد

وذلك لانها جزاء الاحتباس فمن حيث انه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة واصلاح امر المعيشة والاستيناس هي عوض ومن هذا الوجه وجبت على الكافر ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وامور مشتركة كاعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد لتقيم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضى بها او اصطلحا لان ولاية على نفسه اعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمعنى يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ اصلا وهذا حق وقد تم الوجه وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على تردد بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة في وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ومن ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقائل ان يقول ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة لحبسها **قوله** وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهر سقطت نفقة هذا التقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتها فاطلقه فشمل ما اذا كان الامر بالاستدانة او لم يامر بها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد انه اذا كان امرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدانته بنفسه فلا يسقط بموت احدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط **قوله** لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه موكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تاكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان الباقي من ابطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت الى زيادة وهو الامر بالاستدانة وفي حال الحيوة لم تبطل الاهلية فيستحكم بمجرد التاكد بالقضاء بها **فرع** ابرأ الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابرأتك من نفقة سنة لا يبرأ الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فانما فرض منها تجدد الشهر فما لم يتجدد الشهر لم يتجدد الفرض وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو ابرأته بعد ما مضى اشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهد فيما يستقبل **قوله** وما بقي للزوج فتردده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سواء وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا ترد بالاتفاق لان العدة قائمة في موته كذا في الاقضية **قوله** ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يوخذ منه ويعطى لمن يلي بعده من القضاة **قوله** وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلهذا وضعها في السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد وكذا لو قبضت نفقة اشهر فمات احدهما والباقي شهر فاقل

فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله ان يفتك لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة ولو مات العبد سقطت وكذا اذا قتل في الصحيح لانه صلة وان تزوج الحرة امة فهو احق بها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لانه تحقق الاحتباس وان لم يطأها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوية ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوية سقطت النفقة لانه فات الاحتباس والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية احيانا من غير ان يستخدمها كما لا يسقط النفقة لانه لم يستخدمها ليكون استردادا او المدبرة وام الولد في هذا كالامة **فصل** وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك لان السكنى من كفايتها فيجب لها كالنفقة وقد اوجبه الله تعالى

لا يرجع بشيء وفي الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وهل يقاس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط **قوله** فنفقتها دين عليه اي اذا قضى القاضي بها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به او لم يعلم ثم علم فرضي فظهر السبب في حقه ايضا فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة اخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث ولم يجبر او لا يباع مرة بعد اخرى الا في دين النفقة لانها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري فاما اذا لم يعلم المشتري بحاله او علم بعد الشراء او لم يرض فله رده لانه عيب اطلع عليه **قوله** باذن المولى لانه لو كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ولو دخل بها طالب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشيء لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا او مكاتبا او ولد ام ولد لا يباع في النفقة لعدم جواز البيع الا ان المكاتب اذا عجز يباع ح لانه ح قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد عليه لان امه ان كانت امة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولده حر ولا تجب نفقة حر على مملوك وعلى هذا سواء لان ولده اجنبي منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة او امة لهذا المعنى وان كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها حتى كان كسب الولد لها وكذا ارش الجناية عليه **قوله** في الصحيح احترازا عما عن الكرخي يقتل الى قيمته لانها خلفه قال الشيخ ابو الحسن القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط بالموت لانها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة في دين لا يسقط بالموت **قوله** وان تزوج الحرة امة قيد الحر اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوية وانما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بالطريق الاولى فانه فاذا لم تجب على الحر الذي هو اوفى في اهلية وجوب المال عليه فيلزم ان لا يجب على ما ذكر **قوله** لعدم الاحتباس اي من الزوج والمنع من السيد والكان لحقه لا يثبت مع الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسه لحقها كالمهر فان فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتا وليس هنا كذلك **قوله** والتبوية غير لازمة على ما مر في النكاح في باب الكفاءة ولا شك ان حق الاستخدام يتجدد والمنافع التي تتجدد على ملكه فاذا ابوا ما فقد ترك حقه ما دام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس مرجعا فيما اسقط بل طلب حقه فيما يستقبل او الحال ولذلك لذا كان له ان يؤاجرها ثم يستردها ولو لم جبر انكلما استردها سقطت فاذا رجع فهو اما وجبت ولو خدمت المولى احيانا من غير استخدام واستردادها لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل التبوية بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة وام الولد في هذا اي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوية كالامة ولم يذكر معها المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة **فصل قوله** ليس فيها احد من اهله واما امته فقيل ايضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج الى استخدامها في كل وقت فاذا افردها في بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطأها بحضرتها كما انه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا

مقرونا بالنفقة واذا وجبت حقا لها ليس له ان يشرك غيرها فيه كالنفقة به فانها لا تامن على متاعها ومنعها من المعاشرة مع زوجها ومن
الاستمتاع الا ان تختار لانها رضيت بانتقاص حقها ولو كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها الا بدينا ولو اسكنها في بيت من الدار
مفرد وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل وله ان يمنع والديها ولدها من غيره واهلها من الدخول عليها لان المنزل ملكه فله
حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها في اي وقت اختاروا الا بينه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنع
من الدخول والكلام وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة في الثبات وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين
ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح واذا غاب الرجل وله مال فيه رجل

يحضر الضرة قوله مقرونا بالنفقة في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد انفقوا عليهن من وجدكم وكذلك
قرأ ابن مسعود والسكنى بالملك او الاجارة والعارية وجبة اجماعا قوله ليس له ان يسكنها معها قيل الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله
اسكانه معها قوله ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها اقتصر على الغلق فافاد انه وان كان الخلاء مشتركا بينهما لكن
له غلق يخصه ليس لها ان تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا
من كون المراد من كون الخلاء مشتركا بينه وبين غير الاجانب والذين في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وابت ان تسكن مع ضرتها
او مع احد من اهله ان اخلا لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها ان تطالب بيتا ولو شكت انه يضر بها او يؤذيها ان علم القاضي
ذلك زجره وان لم يعلم سال من جيرانه فان لم يوثق بهم وكانوا يميلون اليه اسكنها بين اقوام اخيار يعينها القاضي على خبرهم قوله لما فيه
اي المنع من المكالمة من قطيعة الرحم في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع رحم وفيه من حديث ابي هريرة قال عز وجل الرحم شجنة من الرحمن قال الله تعالى
من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته الشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيدة قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة
الوصلة قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخوله
فانه قال في الفتاوى للزوج ان يضرب المرأة على اربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج يريدها وترك الاجابة اذا
دعاها الى فراشه وترك الصلوة في رواية والغسل والخروج من البيت اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة
غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا اراد ابوها او قرابتها ان يجيء اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله وهو الصحيح احتراز عما ذهب اليه
ابن مقاتل من انه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر وعن ابي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا يقدر على اتيانها فان كانا يقدران على اتيانها
لا تذهب وهو حسن فان بعض النساء لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فيمنع وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج
اليهما وقد اشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول ابي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي
ان ياذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف اما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا
اذا كانت شابة والزوج من ذوي الهيآت بخلاف خروج الابوين فانه اليسر ولو كان ابوها زمنا مثلا وهو يحتاج الى خدمتها
والزوج يمنعها من تعاهده فعليها ان توجه مسلما كان الاب او كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة او غسالة او كان لها حق
على آخر او لآخر عليها تصح تخرجها بلا اذن وبغير الاذن وخروجها الى الحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا يأذن
لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت كان عاصيين وتمنع من الحمام فان ارادت ان تخرج الى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك
فان وقعت لها نازلة ان سال الزوج من العالم واخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها ان تخرج بغير رضاه
وان لم يقع لها نازلة لكن ارادت ان تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء والصلوة وان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكرها لها
ان يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى ان ياذن لها احيانا وان لم ياذن فلا شيء عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفي الفتاوى في
باب القرابة المرأة قيل ان يقبض مهرها لها ان تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان اعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذنه

يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه ولكن اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لانه لما اقر بالزوجية والوديعة فقد اقر ان حق الاخذ له لان لها ان تاخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه وقول صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فانه لو انكر احد الامرين لا تقبل بينة المراة فيه لان المودع ليس بخصم في اثبات الزوجية عليه ولا المراة خصم في اثبات حقوق الغائب

الزوج ولا تسافر مع عبد ابدا خصيا كان او فحلا وكذا ابويها المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلثة عشر او اثنى عشر سنة ولا تكون المراة محرما لامراة وحيث اجبنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الريبة وتغير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالف فيه قاضي خان قال في فصل الحمام من قاذاه دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت احاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام الا بمئزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عائشة رض قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء امتي رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وورد استثناء النفساء والمريضة رواه ابو داود وابن ماجة عن ابن عمر رض عنه عنه قال ستفتح عليكم ارض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلها الرجال الا بالازار وامنعوها النساء الا مريضة او نفساء رواه ابو داود وابن ماجة وفي مسندهما عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي وهو مختلف فيه قال احمد ليس بشيء وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفاء وكان يقوي امره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي وثقه يحيى بن سعيد وروى عباس عن يحيى بن معين ليس به باس وقال ابو داود قلت لاحمد بن صالح احتج به يعني عبد الرحمن بن زياد فقال نعم

قوله ليعترف به وبالزوجية في حق المزوجة كان ينبغي ان يزيد قوله والنسب في الولد والا لانه رتب على ما ذكره من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وكذا اذا علم القاضي ذلك اي كلا الامرين اما

قوله

لو علم احدهما احتاج في القضاء بالدفع اليهم الى اقرار من عنده او عليه في الصحيح دون البينة قوله واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا فانه اولى ان يقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا الا الاعتراف بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولاسيما مركب من لا النافية للجنس ومثل وهو اسم بمعنى المثل قال الشاعر ○ فايا كم وحية بطن واد ○ هموس الناب ليس لكم بسيء ○ اي بمثل ولا سيئة وهو واحد سيان من قولك هما سيان واصله سوي قلبت الواو ياء لاجتماعها مع الياء وسبق احدهما بالسكون فان جررت بالباء كزيد مثلا في قولك اكرم بني التميم لاسيما بزيد فهو على ان ما مزيدة وسيا صفة لزيد وما زائدة مبهمة كقوله ○ كما حي وان اقرؤا داود ○ اي الذي قرؤا داود ○ وان رفعته فعلى ان سيا يضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لا مثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صدر صلة الموصول وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدا مع ما ينضم اليه من كونه في خصوص ذلك الموضع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع

فاذا انتهت مدته تعدى الى الغائب كذا اذا كان المال في يده مضاربة وكذا الجواب في الدين وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها كدراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها
اما اذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى البيع وليس على القاضي ولاية بيع مال الغائب على الحاضر وكذا على الغائب اما عند هما فلانه ليس له ولاية على الحاضر
وكذا عنده يبيع امتعته لا يقضى على الغائب لانه لا يؤمن امتناعه قال فيأخذ من مال كفيله نظرا للغائب لا نفاذا بالمستودعة وقضت عن تهما فرق بين هذا
وبين الميراث اذا قسم بين ورثة حضور بالمدينة وما يعرفون الا ثالثا حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند ابي حنيفة لان هناك لا يكون الا مجهولا وهنا معلوم وهو الزوج وغلطه
بالعطاء نفقة قدر للغائب قال ولا يقضي بنفقة ذي رحم غائب لا نوادر وجه الفرق هو ان نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي ولهذا كان لهم ان يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضي
اعانة لهم ما تيسر من الحاجة فتفقتهم انما تجب بالقضاء لا بالاستحقاق على الغائب لا يجوز ولو علم القاضي بذلك لم يكن مقرا به فاذا قامت البينة على الزوجية او ما يخلفه
فاذا قامت البينة يفرض القاضي نفقتهما على الغائب ويأمرها باستدانة لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب قال زفر يقضي فيه لان فيه نظرا لهما ولا ضرر فيه
على الغائب فانه لو حضر وسئل تهما فقال احق تحقهما وان جحد يحلف ذلك فكذا فقد ثبت حقهما وان عجزت يضمن الكفيل ان المرأة دخل القضاء اليوم على هذا
انه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم يذكره

فتكافيا وانا نصب ما لبدنا فقال ابن الدهان صاحب الغرة لا اعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى بلا سيما سوى الجر
والرفع وذكر بيت امرئ القيس ٥ الا رب يوم لك منهن صالح ٭ ولا سيما يوم بدارة جلجل ٭ بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روي النصب
فيه ايضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول وقيل مجموع لا سيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذي يقتضيه الا فيها هو الاخراج من ذلك
الحكم باثبات ما هو ابلغ منه فاذا قلت اكرمني القوم لا سيما زيد فقد اثبت له ابلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف احدى الياءين فقيل الاولى
لانها ساكنة وهو اضعف من المتحرك فكان حذفه اولى وقيل الثانية لانها لام والاعلال في اللام اولى قوله واذا ثبت في حقه بأداء
ان حق الاخذ لها مما في يده لتعدي الى الغائب ضرورة اورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع او بمديون للغائب
معترف بالدين والوديعة فانه لا يقضى عليه بالدفع الى صاحب الدين واجيب بان القضاء تبع النظر للغائب ففي الامر بالانفاق نظر له
ملكه الثابت بالنكاح والقاء ما هو في معنى نفسه اعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير قوله فلانه لا يباع
على الحاضر حتى لو امتنع عن اداء الدين وعنده اموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره ان يبيع هو ويقضي فان لم يفعل حبسه ابدا حتى يبيع لان البيع
عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع قوله وكفلها بالنفقة اعطاها النفقة ثم اذا جاء الغائب فهو على حجته
في اعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها ان تأخذ بغير قضاء مماله شرعا اصله حديث هند امرأة ابي سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان
للغائب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية اطلق الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بالايفاء والايفاء لا يمتنع بسبب الزوجية الا يرى ان من اقر بدين لزوجته
وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي الايفاء منه ايجابه الى ذلك قوله الا الاولاد وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير ويشترك
عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب قوله فنفقتهم انما تجب بالقضاء لا شك ان الوجوب ثابت
بدليله قبل القضاء حتى كان عليه ان ينفق عليهم اذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة
فلا يعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فينتفي تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفي الكافي لو انفق المديون او المودع نفقتهم هؤلاء
بغير امر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من انفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالانفاق من الوديعة
اولا لانه انظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة قوله وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها منها قول ابي حنيفة
اولا اذا جحد المديون والمودع الزوجية يسمع بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا قائما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى
عينا في يد انسان انه اشتراه من فلان الغائب ثم رجع الى انها لا تقبل منه وهو قولهما لانها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال
ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها اذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول
زفر في ذلك متقرر ونقل مثل قول زفر عن ابي يوسف فقوي عمل القضاة لحاجة الناس الى ذلك قوله ومرجوع في الفتاوى امرأة قالت
ان زوجي لطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال ابو حنيفة ليس لها ذلك وقال ابو يوسف اخذ كفيلا بنفقة شهر واحد استحسانا وعليه
الفتوى فهو علم انه يمكث في السفر اكثر من شهر اخذ عند ابي يوسف الكفيل باكثر من شهر وعن ابي يوسف ايضا لو كفل بنفقتها ما عاشت او كل
شهر او ما بقي النكاح بينهما صح وقال ابو حنيفة هو على شهر واحد ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا او بائنا

فصل واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان او بائنا وقال الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح بعد قائم لاسيما عند نا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي ان فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله عليه السلام سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن الآية ولنا ان النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا

بحالها كفلي بنفقة عدتها كل شهر لان العدة من احكام النكاح

فصل قوله وقال الشافعي لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة ثلثا والمختلعة اذا لا مبينونة عنده بغير ذلك الا ان تكون حاملا فان في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فارسل اليه وكيله بشعير فسخطته فقال والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ام شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها اصحابي اعتدي عند ابن ام مكتوم فانه رجل اعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فآذنيني قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن ابي سفيان وابا جهم خطباني فقال صلى الله عليه وسلم اما ابو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة بن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به واخرجه مسلم ايضا وقال فيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه ايضا وقال فيه ان ابا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن ابي طالب رض فارسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقتها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه اوقع واحدة هي تمام الثلاث وامرها الحارث بن هشام وعياش بن ابي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة الا ان تكوني حاملا فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد ابو داود في هذا باسناد مسلم عقيب قول عياش بن ابي ربيعة والحارث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وفي شرح الكنز نسبته الى مسلم لكن الحق ما علمت وهو في رواية لمسلم ان ابا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والتحقيق في هذا الحديث عند كل من هذه الامور اما طعن السلف فقد طعن عليها فيه اكابر الصحابة ممن سنذكره مع انه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امرأة ولكون الراوي اعرابيا فقد قبلوا حديث فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع انها لا تعرف الا في هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها تعرف ذلك الخبر وخبر الرجال حفظته مع طوله ووعته واوته ثم قد ظهر لها من النفقة ما افاد علما وجلالة وقدر وهو ما في صحيح مسلم من ان مروان ارسل اليها قبيصة بن ابي ذؤيب ليسألها عن الحديث فحدثت به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة بيني وبينكم القرآن قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قالت هذا لمن كانت له مراجعة فاي امر يحدث بعد ذلك فكيف يقولون لا نفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلابي وحده وهو اعرابي فخبرنا ان رد عمر وغيره بخبرها ليس الا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له وقد استقر الحال عليه بعد وفاته عم بين السلف الى ان روت فاطمة رض هذا الخبر مع ان عمر لما رده صرح بالرواية بخلافه في صحيح مسلم عن ابي اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا في المسجد الاعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فاخذ الاسود كفا من حصى فحصبه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندري حفظت ام نسيت لها السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فقد اخبر ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى

والاحتباس فانه حق حبسه مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وسلكا بعد
حاله وحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري أصدقت أم كذبت حفظت أم نسيت
رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده الشافعي بن ثابت رضي الله عنه وأسامة بن زيد
وجابر وعائشة رضي الله عنهم والنفقة للتوفي عنها زوجها لان استحقاقها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان الشرع نص عبادة منها

ولا ريب في ان قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف اذا كان قائله عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقول للمطلقة ثلث النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان تعارض روايتها برواية فاي الروايتين يجب تقديمها وقال سعيد بن
منصور ثنا معاوية ثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضي الله عنه اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا لنترك في ديننا شهادة امرأة فهذا شاهد
على ان كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فنزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والنفقة اذا شذ لا يقبل ما شذ فيه
ويصح بهذا ما في مسلم من قول مروان سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الامة
ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال لعائشة الم تري الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بئس ما صنعت قلت
الم تسمعي الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت عائشة اعلم باحوال النساء
فقد كن يأتين الى منزلها ويستفتين عنه عم وكثر وتكرر وفي صحيح البخاري عن عائشة انها قالت لفاطمة الا تتقي الله تعالى يعني في قولها لا سكنى
ولا نفقة وقال القاضي اسمعيل ثنا نصر بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحق قال اخبرني عن محمد بن ابراهيم عن عائشة قالت لفاطمة
بنت قيس انما اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على احمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها عم لذلك ولقيد بثبوته عن عائشة ان سعيد بن المسيب
قد احتج به وهو معاصر عائشة رضي الله عنها واعظم متتبع لاقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في ابي داود
من حديث ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد تلك
امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند
نفسه وكذلك هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال خروج فاطمة انما كان عن سوء الخلق رواه ابو داود وفي سننه عنه وممن رد زوجها
اسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن ابي هريرة عن ابي سلمة
بن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى
فاسامة هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان اعرف بالمكان الذي انتقلها عنه الى منزله حين بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه ان
ذلك غلط منها او لعلمه بخصوص سبب جوز انتقالها من اللسن وخشية المكان فقد جاء ذلك ايضا ولم يظفر المخرج بحديث اسامة فاستقصره والله اعلم
وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب انا ابا سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل
ان تحل وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم ان ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما قالا المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة واخرج الدارقطني عن حرب بن
ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة قال عبد الحق انما يؤخذ من حديث ابي الزبير
عن جابر ما ذكر فيه السماع او كان عن الليث عن ابي الزبير وحرب بن ابي العالية ايضا لا يحتج به ضعفه ابن المعين والاشبه وقفه على
جابر وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه برد قول من ذكر ابن جابر اعلى قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان التعارض والطعن واما بيان
الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غائب وفي بعضها طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انها ذهبت الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه عم وفي بعض الروايات سمى الزوج ابا عمرو بن حفص وفي

الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيه حتى لا يشترط فيه الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا لا ملك له بعد موته فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة كل قرابة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل ردة تقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها مساكنة حابسة نفسها بغير حق فصارت كالناشزة

بعضها ابا حفص بن المنيرة والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث ومن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين سعيد بن المسيب شريح والشعبي والحسن بن صالح والاسود بن يزيد ومن بعدهم الثوري واحمد بن حنبل وخلق كثير من تبعهم فان قيل فهذا العذر تقدير ثبوته انما اسقط تلك السكنى والحال انه هم قال لها لا نفقة لك ولا سكنى فانا ليس علينا لولا ان نشتغل ببيان العذر عما روت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس عليه ولم يرحمر في تركه كائنا ما هو في نفسه ما كان الا ان الاشتغال بذلك حسن حملا لمروياتها على الصحة ونقول فيه ان الحكم اذا كان لما سمعت واما عدم النفقة فلان زوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند احد سوى الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي اهله على ما في مسلم من طريق انه طلقها ثلاثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال عم لها لا نفقة لك ولا سكنى على تقدير صحته لانه لم يخلف مالا عند احد وليس يجب لك على اهله شيء فلا نفقة لك على احد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض عنه عم فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فحرج انكار الناس عليها ثم ان في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم قد علم ان المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له وهذه الآية انما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى حقيقة ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولو كانت الآية في غير المطلقات او في الرجعيات كان التقدير اسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم فانفقوا عليهن من وجدكم وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ومعلوم انه لا معنى ح بجعل غاية ايجاب الانفاق عليها الوضع فان النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت او لا وضعت حملها او لا بخلاف ما اذا كانت في البوائن فان فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام عدة الحمل لطولها والاقتصار على قدر ثلث حيض او ثلاثة اشهر وكذا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان يأتين بفاحشة مبينة فانه عام في المطلقات وقوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف يرجع الى الرجعيات منهن وذلك حكم خاص ببعض ما تناوله الصدر لا يبطل عموم الصدر **قوله** الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها استيضاح على ان وجوبها لحق الشرع بما دة فانها لو لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حمل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاؤها اذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة وانت اذا امعنت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في مسئلة تداخل العدتين ظهر لك جواب هذا فارجع اليه واتقنه **قوله** وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية اعتزرت به عما يجيء من قبل الزوج مطلقا وعما يجيء من قبلها بغير معصية فان لها النفقة فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله او قبلها ففي الاول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة لطلاقه او لعنته او عنته او جبه بعد الخلوة والتشكل على ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من انه عم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه او بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته او ايلائه مع عدم فيه حتى مضت اربعة اشهر او اباءه الاسلام اذا اسلمت هي او ارتد هو فعرض عليه الاسلام فلم يسلم لان بمعصيته لا يحرم النفقة واما الثاني فاما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج او ابائها اذا اسلم هو وهي وثنية او مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة

بخلاف المهر بعد الدخول لانه وجد التسليم فحق للمولى بالوطء وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق

ووطء ابن الزوج لها مكرهة يجب لانها حبست نفسها بحق لها او عذرت شرعا فيه ولها السكنى في جميع الصور لان القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازى بسقوطها بمعصيتها **قوله** بخلاف المهر بعد الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب لها وهو تسليم نفسها وتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها الا لعين الردة هنا لان الفرقة لم يجئ بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط بالردة فانما تسقط في هذه الردة اذا خرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة كما اشار اليه المص في التعليل او اذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو حبست او لحقت فعادت الى الاسلام فرجعت الى بيتها عادت استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت الى بيتها مسلمة او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الى دار الاسلام فلها النفقة والسكنى ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو اسلمت وعادت الى منزله لا تجب لها نفقة لانها المقوتة لملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وزوجها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت الى حال لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده فلو طلق الامة بائنا وكانت مبوأة معه بيتا فاخرجها المولى الى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اعادها الى بيت الزوج تأخذ النفقة ولو لم يكن بوأها المولى فطلقت فاراد ان يبوأها مع الزوج في العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة واورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الى المنزل في العدة فانه تعود نفقتها واجيب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها ان تعود فتأخذ وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الايائس فتعتد بثلاثة اشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشيء معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال ان يمتد الطهر بها واذا لم تطالب المعتدة بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتي في العصمة الا ان يكون مفروضة ولو ابرأته عن النفقة في المستقبل وهي زوجة لم يصح ولو ابرأته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض ولو كانت ادعت حبلا وانفق عليها الى سنتين فان قالت بعدها كنت اعتقدته حبلا فظهر انه ليس اياه وانا حائل لم احض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذلك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي الى قول ذي امرة بالانفاق حتى تحيض ثلاث حيض او تدخل في سن الايائس فتعتد بثلاثة اشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها الى ثلاثة اشهر وقال الفضلي لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال

فصل ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة

جلها فينفق عليها حتى تنقضي عدتها كذا ذكر هذا الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ رحمها هذا في المحيط انتهى من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيما رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الاول فرق بينها وبين الثاني ولا نفقة على الزوج الاول حتى تنقضي عن الثاني وان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في حق الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة دخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوى قال تجب على الزوج الاول هكذا ذكر في المحيط وتاويله اذا تزوجت في بيت العدة اما اذا خرجت فلا والله سبحانه اعلم

فصل قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبارا فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن اذا لم يكن لهن مال اذ ليس لهم ان يواجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب المذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة او اعمى او شلل او ذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابناء الكرام لا يجد من يستاجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني وراينا في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سياتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما ان يكون بهم مال او لا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكور حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يواجره وينفق عليه من اجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب معسرا يدفع كسب الابن الى امين كما في سائر الاملاك وان كان لهم مال فاما حاضر او غائب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شيء منها وان كان غائبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع بما لهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امره ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنياء وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا اغنياء فكذلك ايضا الرابع ان يكونوا فقراء وهم صغار او كبار عاجزون والاب ايضا عاجز عن الكسب فالصغار يتكفلهم الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال لان الاب اذا كان بهذه الصفة فنفقته في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده له وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للاب ذلك وكذا لو عذب الاب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم او لم يكتسب لعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب ويرجع على الاب اذا ايسر وفي جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد او الام او الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليهما وكذا اذا لم يكن له اب الا انها ترجع في الاول وما نقل ابن قدامة عن الائمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وان كان له جد وام موسران فنفقته عليهما على تقدير اتحاد في ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده لحجبه كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امرأته وغاب

[illegible]

[illegible] فقط لیست عمم فعلی الام فلیس لنفقتهم وعلی الام الثلث اذا کانا موسرین ویکون دینا علی الاب یرجعان علیه اذا کان بامر الحاکم قال القاضی هذا اذا کانت البنیة منقطعة قوله لقوله تعالی وعلی المولود له رزقهن وکسوتهن بالمعروف وجه الاستدلال انه واجب علی الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبیه علی علة الایجاب علیه وهو الولادة لما عرف من ان تعلیق الحکم بمشتق یفید کون مبدأ الاشتقاق علة له فاذا وجب النفقة غیره بسببه فوجب نفقة نفسه اولی وحین ثبتت نفقة بطریق اولی تبین ان نفقة الوالدة هی نفقة الولد لان الولد یحتاج الیها فی الحضانة التربیة والارضاع ان اللبن الذی هو مؤنة انما یحصل لبنا من غذائها فی ایجاب نفقتها علیه ایجاب نفقة علیه اذ لیست النفقة سوی اخراج ما یحتاج المحتاج الیه لکفایته وقد تقدم فی الکتاب ما یشیر الی نفقة الخادم من نفقة المرأة وان کان فی نفقة شخص آخر بل یدخل فیها الکسوة والسکنی فی الخلاصة قال هشام سألت محمدا عن النفقة فقال هی الطعام والکسوة والسکنی ولانه جزء منه فکان کنفسه قوله ولیس علی الام ان ترضعه یعنی فی الحکم اذا امتنعت وان کانت الزوجیة قائمة وهو مقید بالقید الذی ذکره قوله وهذا الذی ذکر بیان الحکم ای عدم الجبر بیان الحکم فیصار بمعنی انها اذا امتنعت لا یجبرها القاضی علیه وهو واجب علیها دیانة وکذا غسل الثیاب والطبخ والخبز وکنس البیت واجب علیها دیانة ولا یجبرها القاضی علیه اذا امتنعت لان المستحق علیها بالنکاح تسلیم نفسها للاستمتاع قوله وذلک ای عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم یوجد او وجد ولم یقبل هو ثمدی غیرها اجبرت علی ارضاعه صیانة له عن الضیاع وذکر الحلوانی ان ظاهر الروایة لا تجبر لان الولد قد یتغذی بالدسم والشراب فلا یودی ترک اجبارها الی التلف والی الاول مال القدوری والسرخسی وهو الاصوب لان قصر الرضیع الذی لم یأنس الطعام علی الدسم والشراب سبب تعریضه للموت قوله معناه اذا اراد ذلک لان الجبر لها ای التربیة لها بحق الحضانة وهذا بناء علی ما قدم وقد قدمنا من اختیار الفقیهین الهندوانی والسمرقندی انها تجبر علی الحضانة وفی کلام الحاکم الشهید ما یفیده مما قدمناه ثم لا یلزم المرضعة ان تمکث فی بیت الام الا ان یشترط ذلک بل لها ان ترضعه ثم ترجع الی منزلها فیما یستغنی عنها فیه من الزمان وتحمل الصبی معها الیه او تقول اخرجی فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبی الی امه قوله وجه الاول لما کان التشبیه لا یستلزم عموم وجه الشبه لم یکتف بقوله قبل هذا وکذا فی المبتوتة فی روایة بعد قوله وهذا یعنی عدم الاستیجار فی المعتدة عن طلاق رجعی روایة واحدة لان النکاح قائم والا لو اعتبر عموم الشبه کان ذلک تشبیها فی الحکم والوجه وایضا بما یکون تاخیر ذلک وجه للاجارة الی انه المختار عنده وکذا فی ظاهر اطلاق القدوری المعتدة فی قوله او معتدة وان کان مقابله هو ظاهر الروایة کما صرح به بعضهم او من عادته تاخیر ذکر وجه لقول المختار والحاصل ان قیام العدة هو قیام نفس النکاح من وجه علی ما حققناه فی فصل المحرمات من کتاب النکاح فارجع الیه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادة المعتدة عن ثلاث او بائن وکذا لا یجوز استیجارها للارضاع قوله وان انقضت عدتها فاستأجرها اعلم ان حاصل کلامهم ان الارضاع واجب علیها مقید بعدم الضرر بقوله تعالی لا تضار والدة بولدها والضرر یتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا الزمت والعجز مبطن فاقیم امتناعها عنه مقام حقیقته لان امتناعها عن الارضاع مع دواعیه ضرار بالولد ظاهر فی عجزها عنه فلذا لم تجبر علیه اذا امتنعت فاذا اقدمت علیه بالاجر وهی منکوحة او معتدة عن رجعی او مطلقا علی ما هو الاوجه ظهر

في جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الآباء والامهات لهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه ولانهم سبب الاحياء فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما قلنا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد

عدم تجزيها فظهر الوجوب عليهما ولا اجرة تستحق في مقابلة فعل الواحد ولا يخفى ان هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استاجرها الارضاع ولا يلزمه بعد انقضائها العقد ومقتضاه ان لا يجوز بعد المدة ايضا كما قبلها وهذا لان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن اعم من البائنات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبوائن قبل العدة وفيها وبعدها والمانع من الاخذ الاجرة والاستيجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع باجر وغاية ما يقال ان الارضاع من نفقته وهي على الاب لا الام ويدفع فان هذه النفقة اوجبها الذي له ولاية الايجاب على الام بعد ان اوجب رزقه لها بادرار الثدي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري واوجب عليها القائمة شيئا وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور اعني يرضعن اولادهن والحق انه اوجب عقيبا ايجاب رزقها عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ففي حال الزوجية والعدة هو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الاجرة مقامه **قوله** وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال واطلقه فيعم جميع اصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب ان يبيعه وينفقه عليه كذا يعطى منه اجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة احد الموسرين على الآخر اذا لم يكن لاحتباس في ذلك ليس باولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها تحتبس نفسها لغرض آخر فنفقتها عليه وان كانت غنية اما الولد فنفقته للحاجة لبقائه اذ فقت حاجته فلا تجب على غيره لنفقة المحارم والله اعلم

فصل قوله وعلى الرجل اي الموسر **قوله** واجداده يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا وفي جداته لابيه وجداته لامه وان علوا وقوله واذا كانوا فقراء يوافق باطلاقه قول السرخسي حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا يجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب ان يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في اشكاله الى الكد والتعب اكثر منه في التافيف المحرم وبقوله تعالى ولا تقل لهما اف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضي **قوله** نزلت في الابوين الكافرين بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من اناب الي ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف وليس من المعروف ان يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم الا ان محلها على غير الحربيين فاما الآباء الحربيون وان كانوا مستامنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية بينها وبين الآية الاولى عموم وخصوص من وجه تصادقا في الابوين الحربيين وتفرد آية المصاحبة من غير الحربيين وآية النهي في غير الابوين فتعارضا في الابوين الحربيين فقدمت آية النهي لتقديم المحرم على المبيح ولقائل ان يقول النهي انما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج المسلمين من ديارهم اهل مكة فلا يتناول الابوين الحربيين الذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على اهل مكة بجامع كونهم حربا لان الحكم على المجموع من تحقق القتال والاخراج منه ايضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا ايضا حربيون **قوله** واما الاجداد والجدات فلانهم

اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها الحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزية تابعة
وجوبها في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزيته الا انهما اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا
مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه
النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة
للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى
العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره لانه
اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما

من الآباء والامهات فلا يدخلهم في اللفظ اعني لفظ الابوين الذي هو مرجع الضمير من صاحبها في الدنيا وفيه نظر فانهم
في مسئلة الامان فيما اذا قالوا آمنونا على ابائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم انتظام اللفظ فان اراد الحاقهم بالقياس فلا حاجة
بل لا ينبغي ان يعلل وجه لهم فانهم من الآباء بل يعلل استحقاق الابوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهم الاجداد ويعتبره
في عموم المجاز ومن العجب عدم اعتبارهم اياه في عموم المجاز في الامان ليدخل الاجداد مع ان الامان يحتاط في اثباته وقوله
ولهذا يقوم الجد الخ قياسه متقاسمه في الوراثة وولاية النكاح والتصرف في مال ولد الولد هذا ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان
اقرب لان مرجع ضمير صاحبها الوالدان لا الابوان قوله اما الزوجة الخ عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها انه حيث اضاف ايجاب
النفقة الى العقد فقد اضافه الى العلة البعيدة فان المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على قدمنا قوله فكما لا يمتنع الخ الاحسن
ان يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزيته لان عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل
اخص منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على نفسه محل نظر اما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا امره لمعروف
من ذلك قوله ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم اظهار لبعض صور ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا
للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لان النفقة اي نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعني بالقرابة والمحرمية مقيدا
بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد ان قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث
بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا يفيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله ع من ملك ذا رحم محرم
منه عتق عليه وسيأتي الكلام عليه قوله فاعتبرنا في الاعلى وهو دوام ملك اليمين اصل العلة وهو القرابة المحرمية وفي الادنى وهو النفقة
العلة المؤكدة بالتوارث وهذا في الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعني انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث و
شرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم لا ذلك القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فاوجب كونها
بلا موكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فانه لم يدفعه ح بلا موكدة مما قيل انضابط عندنا الرحم والمحرمية والارث ليس بشرط حتى وجبت
النفقة على الخال والخالة والعمة ولهم دون ابن العم فالحق في الجواب ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث وانحلال
كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا ح استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر الذمي لانا نقول بل هو
اثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العدم الاصلي لان نفيه مضاف الى اللفظ قوله لان لهما تاويلا
في مال الولد يفيدان ملكهما بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة وسيأتي في باب الوطء الذي
يوجب الحد واخرج اصحاب السنن الاربعة عن عائشة رض قال صلى الله عليه وسلم ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذي
فان قيل هذا يقتضي ان له ملكا ناجزا في ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه البيهقي عنهما مرفوعا ان اولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء اناثا
ويهب لمن يشاء الذكور واموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه موروث انه تعالى ورث الاب من ابنه السدس مع ولده ولده فلو كان الكل ملكه
لم يكن لغيره شيء مع وجوده قوله هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين

والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز

كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي الارحام وبه قال الشافعي واحمد والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير الولاد لان الوجوب معلق فيه بالارث ولهذا يثبت في الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث فان كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لاحد على ما يجب التفصيل بين ان يكون الابن قادرا على الكسب بتجارة او اجارة او لا يجري فيه الخلاف السابق بين شمس الائمة السرخسي والحلواني وعن ابي يوسف قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الاب اليه لئلا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك على نصف بطنه قال الشاعر ـــ كلوا في بعض بطنكم تعفوا وفي الفتاوى يجبر الابن على نفقة زوجة ابيه ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية كما قلنا وفي رواية انما تجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا او به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه ثم الاصل في نفقة الوالدين والمولودين انه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث وكذا لو كان له اخ شقيق وبنت بنت وان سفلت او ابن بنت كانت النفقة على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له بنت ومولى عتاقه فالنفقة عليها مع اشتراكهما في الميراث واذا كان للفقير والد وابن ابن موسران فالنفقة على الوالد لانه اقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة ان كان الميراث بينهما لقرب البنت فاذا استويا فالنفقة عليهما الا ان يترجح احدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولد ابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما والميراث للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهو على الولد لاستوائهما في القرب يترجح الولد باعتبار التاويل ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما للاستواء في القرب وعدم الترجيح الكل من المحيط واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقته وقال الاب انا معسر ذكر في المنتقى ان القول للاب والبينة بينة الابن **قوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم اي واجبة يجبر عليها فهو من حذف الجبر لقرينة لامن الاخبار بايجاب والمجرورين نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما كون المطلق وليس هو كذلك ههنا وقال احمد على كل وارث محرما كان او لا وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام ووجهه انه يجعل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لا لايجاب النفقة فلا يبقى دليل على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب ووجه قول احمد انه تعالى علقها بالوارث فتقييد المحرمية زيادة قلنا في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراءة المتواترة فان قيل القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة اجيب بادعاء شهرتها واستدل على الاطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا ابدأ بمن تعول امك واباك واختك واخاك ثم ادناك ادناك وما رواه احمد وابو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة القشيري قلت يا رسول الله من ابر قال امك قال ثم من قال امك قال ثم من قال اباك ثم الاقرب والاقرب قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل عن اهلك شيء فلذي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة اصلا لانه جواب قول السائل من ابر وهو لا يستلزم كونه سوالا عن البر المفروض لجواز كونه سوالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف

[illegible]

بخلاف الاول لیس بنا اصلا للنص لان الایجاب علی الوارث بالنص لا ینفی ان تجب علی غیرہ ثبت بالحدیث عندہم یقول بمفہوم الصفۃ
علی ان لقائل ان یمنع ان الوارث ابدا القریب فیجبر بہ خصوصا علی ریکم وہو ان کل قریب وارث لقولہ تعالی وذوی الارحام مع قولہ کلم ان المراد
بہ بیان الوارث فی الجملۃ حتی قالوا اذا کان لہ خال وابن عم ان نفقتہ علی خالہ میراثہ لابن عمہ اللہم الا ان یثبت قولنا فقط بان ایجاب النفقۃ
لوجوب الوصل والقرابۃ التی یفترض وصلہا بالنصوص علی المحرمیۃ بخلاف غیرہا لا یفترض وصلہا لان التحریم انما یثبت للوصل
وہو الظاہر ان القرابۃ سبب التحریم فی المحرمات من القرابات لان الافراض اما عدم وصل او یودی الیہ قولہ فان القادر علی الکسب
فی کسبہ وقدرتہ علی الکسب تتحقق بصحۃ البدن بعد کونہ بالغا ولہذا اخذ فی البالغ الذی یجب نفقتہ من غیر الولاد الزمانۃ حیث قال و
الابن الزمن البالغ ویصرح بما قلنا ما فی الکافی للحاکم حیث قال فی باب نفقۃ ذوی الارحام ولا یجبر موسر علی نفقۃ احد من قرابتہ
اذا کان رجلا صحیحا وان کان لا یقدر علی الکسب الا فی الولد خاصۃ وفی الجد ابی الاب والام الولد فانی اجبر الولد علی نفقتہ وان کان
صحیحا انتہی وہذا جواب الروایۃ وہو یشید قول شمس الائمۃ السرخسی بخلاف الحلوانی علی ما قدمناہ قولہ لان التنصیص علی الوارث
تنبیہ علی اعتبار المقدار بطریق انہ یفید علیۃ ما اخذا لاشتقاق وہو الارث فیثبت الحکم فی محل وجود العلۃ علی قدر وجودہا
مثالہ اذا کان لہ اخ شقیق او لاب واخت شقیقۃ او لاب فالنفقۃ علیہما اثلاثا علی الاخ الثلثان وعلی الاخت الثلث لان
میراثہما منہ کذلک ولو کانا لام وجبت علیہما نصفین کمیراثہما ولو کان معہما اخ لابوین او لاب او عصبۃ آخر فالثلثان علی العاصب
ولو کان الاخ لاب واخ لام فالسدس علی الاخ لام وخمسۃ الاسداس علی الاخ لاب اقض قولہ وجہ الفرق ای بین نفقۃ الولد الصغیر
والکبیر الزمن قولہ فاختص بنفقتہ لانہ باعتبار الولایۃ الکاملۃ صار کنفسہ بخلاف البالغ لیس للاب ولایۃ علیہ لیکون فی معنی
نفسہ فاعتبر کسائر المحارم قولہ علی الاخوات المتفرقات بان تکون اخت شقیقۃ واخری لاب واخری لام اخماسا ثلثۃ اخماسہا
علی الشقیقۃ وخمس علی التی لاب وخمس علی التی لام لان میراثہن منہ کذلک بواسطۃ الرد علیہن قولہ غیر
ان المعتبر الہیۃ الارث ہذا ہو الجواب الذی اسلفناہ وقدمنا تقریرہ وایضاحہ ان حقیقۃ الوارث غیر مرادۃ فانہ لمن قام بہ الارث
بالفعل وہذا لا یتحقق الا بعد موت من تجب لہ النفقۃ والا نفقۃ بعد الموت فتعذرت ارادۃ الحقیقۃ فکان المراد من ثبت لہ میراث
والحال کذلک فوجبت نفقتہ علیہ ولم تجب علی ابن العم لعدم المحرمیۃ بخلاف ما لو کان لہ خال وعم او عمۃ فان النفقۃ ح علی العم
لاشتراکہما فی المحرمیۃ واحراز العم المیراث فی الحال لو مات فلو کان العم موسرا وجبت بین العمۃ والخال اثلاثا علی العمۃ الثلث و
یجعل المعسر کالمیت والحاصل ان قولہ اہلیۃ بالمیراث لا احرازہ فیما اذا کان المحرز للمیراث غیر محرم ومعہ محرم اما اذا ثبت محرمیۃ
کلہم وبعضہم لا یحرز المیراث فی الحال کالخال والعم اذا اجتمعا فانہ یعتبر احراز المیراث فی الحال وتجب النفقۃ علی العم واذا
اتفقوا فی المحرمیۃ والارث فی الحال وکان بعضہم غیر اہل کالمعدوم وجبت علی الباقین علی قدر ارثہم کان لیس معہم غیرہم
قولہ ثم الیسار مقدر بالنصاب ای بنصاب الزکوۃ وہی ما روی عن ابی یوسف وعن محمد روایتان احدہما بما تفضل عن نفقۃ شہر والاخری
بما یفضل عن کسبہ کل یوم حتی لو کان کسبہ درہم ویکفیہ اربعۃ دوانق وجبت علیہ الدانقان للقریب ومحل الروایتین علی حاجۃ الانسان

والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا بلغ ابوه متناهيا في نفقته
جاز عند ابي حنيفة رح وهذا استحسان وان باع العقار ليمونه في نفقته لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع
في دين له سوى النفقة وكذا لا يملك الام في النفقة وللابي حنيفة رح ان الاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته بيع
المنقول من باب الحفظ وكذلك العقار لانه محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف حال الصغر ولابي الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع
الاب والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكل الولاية غير ان يأخذ منه بنفقته لانه من جنس حقه وان كان
للابن الغائب مال في يد ابويه والنفقة منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقيل اخذ لجنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي
فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لمعلوم ولايته واذا ضمن
كان يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان

ان كان مكتسبا لا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم
عنده وقال السرخسي الى قول محمد في الكسب فانه علله بان قال لان الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المودي تيسير الاداء وتيسير الاداء
اذا كان كسبه يفضل عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق وقال الاسبيجابي الى قول ابي يوسف قال لان النفقة تجب على الموسر
نهاية اليسار لا حدها وبداية النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعد ما نقل انه نصاب الزكوة وبه يفتى واختاره صاحب الهداية
انه نصاب حرمان الصدقة قوله والفتوى على الاول اي على ان اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل
النصاب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة لما كانت حق الادمي لنفسه تعتبر محض القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر
حق تجب لله تعالى بسبب الادمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من اليسر ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا لم يكن
كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا انفق ولم يبق له شيء سقطت وان كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب
ان يقول عليه في الفتوى قوله واذا كان للابن الغائب مال عند ابويه فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة
عند غيبة من عليه جاز له ان يأخذ اذا اقدر بلا قضاء فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم ان ينفقوه
على انفسهم اذا احتاجوا قوله قد بينا الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقته في مال غائب الا لمولاه وهي قوله ووجه الفرق
ان نفقته هو لانه واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان يأخذوا وان كان قضاء القاضي احاية لهم قوله وان باع العقار لم يجز ولا يجوز
للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا قوله لانه ولا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ وقرر في النهاية
وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي رشيدا الا فيما تبعه متعينا على النائب ولا يخفى ان قيد الرشد ليس معتبرا في انقطاع
ولاية الاب فهم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع ذلك لا حجر عليه حتى امكنه
ان يباشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قالا في جواب ابي حنيفة رح هناك ان منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر
العقود الى آخر ما عرف في باب الحجر قوله وكذا لا تملك الام في نفقتها مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة وكذا ليس القاضي ان يحكم
ببيع عروض ولايته قوله ولابي حنيفة رح حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب وبيع العروض من
باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه الوصي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال ان لا يكون
له ولاية وغيره يستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يحتاج
الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه الا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم
يكن للابن بخلاف غير الاب ليس له ولاية الحفظ وليس له البيع لكن نقل في الذخيرة وعن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا ذكر القدوري
في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل ان يكون في المسألة روايتان وجه رواية الاقضية ان صفة الولاية يجمعهما وهما في استحقاق النفقة
سواء وعلى تقدير الاتفاق فتأويله ان الاب هو الذي يتولى البيع وينفق عليه وعليهما اما بيعهما نفسهما فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد
ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ قوله فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى لا ضمان

فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقتهم لا تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء بقضاء مضي المدة قال الا بان يأذن القاضي بالاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة **فصل** وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم اطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان

عليه ولو مات الغائب حل له ان يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح وفي النوادر لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رقوة في سفر اغمي على احدهم او مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد خرجوا الى الحج واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سالهم محمد فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء وكذا في محيط كتب تلميذ له مات وانفق في تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فقال قوله تعالى والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد ماذون مات مولاه في بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشائخ بلخ في مسجد له اوقاف ولا متولي له فقام رجل من اهل المحلة في جمع ريعها وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصير والحشيش لا يضمن استحسانا **قوله** فظهر الخ يعني اذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه اللابوين حال دفعه لهما فيظهر انه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما **قوله** فمضت مدة سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضي مامور بالقضاء ولو لم تصر دينا لم يكن للامر بالقضاء بالنفقة فائدة ولو كان كلما مضى يسقط لم يكن استيفاء شيء ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات **قوله** لان نفقة هؤلاء تجب للحاجة وعن هذا ما قدمناه من انه لو اعطاهم نفقة او كسوة فسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه اخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست شرعا لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضي تلك المدة لم ينتف الاحتباس عنها **قوله** الا ان يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط وان كان في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب وذكر في زكوة الجامع ان دين نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكوة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات والاقارب اختلفوا فيه قيل محمله في نفقة الاقارب ما اذا اذن القاضي في الاستدانة واستدانوا لحاجة احتاجوا الى وقاء الدين اما اذا لم يستدينوا بل اكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسي حكم به كثير من القضاة المتاخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به وقيل محمله ما اذا قصرت المدة بان يكون شهرا فاقل والله سبحانه وتعالى اعلم

فصل **قوله** وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته عليه اجماع العلماء قيل الا الشعبي والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الآخر بغير اذن القاضي وبغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع الملتقطة اذا انفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان انفق احدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير امر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان على رجل في يده امة ان هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة او عدت الامة او جحدت ويضعها على يد عدل وتفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده انتهى ولو ان عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك اودعته عندي فانكر يستحلف ما اودعه ثم يقضي بنفقته على من هو في يده لانه اقر برقه ولم يثبت بغيره فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه والقول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث ابي ذر انه عم قال هم اخوانكم

فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا لانه فيه نظرا للجانبين حتى يبقى الملك وحيا ويبقى فيه ملك المالك وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا يواجر مثلها اجبر المولى على بيعهما لانهما من اهل الاستحقاق وفي البيع ايفاء حقهما وايقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة لانها تصير دينا فكان تاخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان ابطالا وتخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها الا انه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لانه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن اضاعة المال وفيه اضاعته وعن ابي يوسف انه يجبر والاصح ما قلنا والله اعلم

اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكله ويلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم ورواه ابو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلايمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله عن علي رض قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلوة الصلوة اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد من جنس ما تاكلون وتلبسون لا مثله فاذا البسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوارب والله اعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد قوله فان امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وانفقا على انفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له ان يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا ابى ان ينفق عليه قوله بان كان عبدا زمنا يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن ان يواجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البناء وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام ثبوته هنا اولى وكذا اذا كانت جارية لا يواجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر على الانفاق عليهم صيانا ان لم يقدر على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقب بشيء ولو اعتق عبدا زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس منهما فحرمته وان كان عصبته له كابن العم قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ ظاهر الرواية انه لا يجبره القاضي على ترك الانفاق عليها لان الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضي له وليتمه اهلية الاستحقاق في المقضي له وليس فليس لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون اثما بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق وفي الحديث امرأة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطعمتها ولا هي اطلقتها تاكل من خشاش الارض ولا هي اطعمتها وذكر الامام انه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان يقضي ما تقدم من رواية ابي داود لا تعذبوا خلق الله ونهيه عن اضاعة المال وهو ما في الصحيحين من انه عليه السلام كان ينهى عن اضاعة المال وكثرة السؤال وعن هذا ذكر انه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليها كالاملاك من الدور والمزروع فانه يؤدي الى ضياع المال وعن ابي يوسف انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك واحمد وغايته ما فيه ان يتصور فيه دعوى غيبته فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا يدع فيه وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للآبي اما ان تتبع نصيبك من الدابة او تنفق عليها رعاية لحق الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر يتضرر الشريك فرع وتجب النفقة على من له النفقة مالكا كان او لا مثله او صبي بعبد الرجل وخدمته لا غير فالنفقة على من له الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله اوصى بدار لرجل وسكناها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى انا ابنيها سكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو ان يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه لا يكون متبرعا وكذا لو اوصى بنخل لواحد وثمرتها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفي المنتقى والحفظة ان بقي من ثمنه شيء فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق فالتخليص عليها لان النفقة لها واقول ينبغي ان يكون على قدر قيمته

كتاب العتاق

الاعتاق تفريغ مندوب اليه قال عليه السلام ايما امرئ مسلم اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحق ان يعتق رجل العبد وان الامة تعتق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل لملكه شرط الحرية لان العتق لا يصح الا في الملك

ما يحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل الا يرى الى قولهم في السلم اذا وصى به لواحد وبتخييره لا فرار النفقة على من له الدين لبعده عادما وان كان قد يباع ويتفق ان يحصل كالحنطة والتبن في ديار نا لان الكسب يباع تعلف البقر وغيره وكذا اقوال فيما عن محمد ذبح شاة فاوصى بلحمها لواحد وبجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح اراد الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل ان يقبض قبل على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البائع ما دام في يده ويجوز وضع العربة على العبد لا يجبر عليها لان النفقة على ذلك والله سبحانه اعلم

كتاب العتاق

قوله اشترك كل من الطلاق والعتاق في انه اسقاط الا انه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك نافع البضع واما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا ميزت انواع الاسقاطات باسماء لينسب اليها مع اختصار وتسري اضافة البعض الى الكل وهذا ظاهر قولهما وعلى قوله بتاويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب اليه على العتق المندوب اليه وصلاله بمقابله وهو النكاح ولانه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به اورده بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم يبين نفس الحكم المتعلق لانه في بيان ان يملكه على اي وجه من اصل الحرمة والندب والسريان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق من المحاسن فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت معنى فانه لم ينتفع بحياته ولم تذق حلاوتها العليا فصار كان لم يكن له روح قال تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ثم اثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب الاهلية لما قابل الاعتلاء من ثبوت الولايات على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه وامتنع ايضا بسببه عن كثير من العبادات كصلوة الجمعة والحج والجهاد وصلوة الجنازة وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء له معنى ولذا والله اعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الاكبر قوبل احياؤه معنى باحيائه معنى اعظم احياء كما ورد به الاخبار عن سيد الاخيار من الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عنه عم قال ايما امرئ مسلم اعتق امرأ مسلما استنقذه الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج اخرجه الترمذي في الايمان والنذر ورواه ابن ماجة في الاحكام والباقون في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وايما امرأة مسلمة اعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار وروى ابو داود وايما رجل اعتق امرأتين مسلمتين الا كانتا فكاكه من النار يجزي بكل عظمين منهما عظم من اعظامه وهذا يستفيد بما ذكره المص من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة لانه ظهر ان عتقه يعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ومنه عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك احد في عصر من الاعصار وقيل للقديم عتيقا لعتق سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تاثيرها وباعتبار القدم او السبق جاء بيت اوس بن حجر حيث قال على السنة عتقت تميما وليس لها ان طلبت مرام يعني قدمت وانها لا ترام بحال وبعد وبان الغدر قد علمت معد على وجاء في معنى حرام المعنى انه

ولا ملك المملوك والبلوغ لان الصبي ليس من اهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل لان المجنون ليس باهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ اعتقت وانا صبي فالقول قوله وكذا لو قال المعتق اعتقت وانا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الاسناد الى حالة سابقة

سلف من قديم انه لا يقدر ولا يزن في تجارته وكذا القول عتقت اذا سبقت ذلك الفصل القوة والعتق ايضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا بجماله وقيل لتقدمه في الخير وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكرناه يقال للكريم يعني الحسيب وقيل قالت امه لما وضعته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد قيل هو اسم العلم فيمكن ان يكون سبب وضعه له الجمال او تفاؤلا بالحسب المنيف او بعد الموت كل هذه المفهومات ترجع الى زيادة قوة في معانيها واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قاله السيوطي والعتق في الشرع خلوص يكفي نظر في الآدمي كما قدمناه ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فمن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن ان يكون هذا المعنى من افراد المعنى اللغوي وعن هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المفسر بها لغة اعم من كونها في البدن او ما يرجع الى معنى آخر ولذا اطلقوه في تلك المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع الى معان مختلفة الا انه مقيد بالحرية الطارئة على الرق وبه صرح في المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية والتحرير اثبات الحرية هو الخلوص يقال طين عتيق خالص عما يشوبه ومنه يقال ارض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه ثوب رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب كقول محمد انت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب الى الله تعالى واما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد يكون الاقرار بحرية عبد انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل في دار الحرب ولم يشعر به عتق عند ابي حنيفة وكذا ان زال يده عنه بان حرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سيذكره وهو نفسه لكن الاعتاق اللفظي الانشائي وشرطه ان يكون المعتق جرا بالغا عاقلا مالكا وحكمه زوال الرق عنه والملك صفة في الاختياري انه مندوب اليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجب على اختياره ومن الكافر فقد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب او يرتد او يخاف عنه السرقة وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للطاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق لزيد والقرينة ما يكون خالصا لله تعالى فحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب والاباحة والتحريم هذا في عتق العبد الذي ما لم يخف ما ذكرنا اجزء لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه واما ما عن مالك انه اذا كان اعلى ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه افضل من عتق المسلم لقوله عم افضلها اعلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين لانه يتمكن من مقاصده وتفريغه واما ما يقال في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان الظاهر رسوخ الاعتقادات والفضائل فلا يرجع عنها ولذا شاهد الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرضت حريته نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الخير منه للمسلمين واما تفريغه لشغل فيسلم فهو احتمال والله اعلم **قوله ولا ملك للمملوك** عن ذلك قائلا ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر انه عم قال من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه احمد وكان عمر اذا اعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطأ ونقل عمر من باب الفضل وللجمهور عن

ولكن لو قال العبيد كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتملت لا يصح لأنه ليس بمحل لقوله ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه
حتى لو أعتق عبده لا ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وإذا قال لعبده أو أمته أنت
حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق ينوي به العتق أو لم ينو لأن هذه
الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان لغويا
فقد جعل ان مثلا في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو الإخبار من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله

ابن مسعود انه قال لعبده يا عمر اني اريد ان اعتقك عتقا هنيئا فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ايما
رجل اعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فهو له سيده رواه الاثرم **قوله** وكذا اذا قال الصبي الخ وكذا اذا قال المجنون اذا افاق فهو حر
لانه عقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الاهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا **قوله** لقوله عليه السلام الخ رواه ابو داود والترمذي
في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق
له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو احسن شيء روي في هذا الباب وقوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة
قوله لان هذه الالفاظ صريح فيه الالفاظ التي تستعمل لانشاء الاعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأي صيغة
كان فعلا او وصفا او مصدرا فالفعل نحو اعتقتك وحررتك واعتقتك الله على الاصح وقيل بالنية والوصف نحو انت حر محرر عتيق معتق
ولو في الماضي كيا حر ويا عتيق فانه كهذا حر والمولى كقوله هذا مولاي او يا مولاي يعتق وان لم ينو وثم حكم الصريح ان يقع به نوى او لم ينو
لان نوى غيره الا في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع اذا نوى غيره فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق
في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي ان يكون هذا اذا لم يكن هازلا فان كان هازلا فانه يقع فيما بينه وبين الله
تعالى وان نوى غيره وهو الكذب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله وذكر محمد بن الحسن عن ابي يوسف
عن اسمعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن ابي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق او عتاق فهو جائز عليه
ونزلت هذه الاية ولا تتخذوا ايات الله هزوا في ذلك فانه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به وذكر يعني محمدا عن عمر بن
الخطاب انه قال من تكلم بعتاق او طلاق او نكاح فهو جائز عليه وزاد الشافعي في الصريح فك الرقبة ودفع بانه خلاف الحديث وهو قوله
عليه السلام لذلك القائل ليسا سواء فكك الرقبة ان يعين في عتقها وقوله تصبح حرا اضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد بعتق في الحال ولو قال
انت حر النفس عتق في القضاء وان قال في فمك او قرنك او فلانك لا يعتق هكذا روى محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة وقال انا اروي انه يعتق
اذا اراد به الحرية وعن ابي يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد وبادنى تامل يظهر ان لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى
فاذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن احمد انه صريح واستبعد **قوله** لانها استعملت فيه شرعا وعرفا على وجه قيام دلالة
قرينة مع الشهرة فيه وذلك امارة الوضع فوافق قول الايضاح وغيره حيث قال الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية **قوله** فاغنى عن النية يعني انه لا يشترط
البينة لثبوت العتق امانة عدمه بان ينوي به شيئا آخر فيعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سنذكر **قوله** والوضع اي وضع التركيب
لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع نسبة الفعل الى الذات
عين الواضع صيغة للدلالة على مضي حدثه الى شيء ليفيد الاخبار بانه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لاثبات امر لم يكن وضع آخر له
والحاصل ان الحاجة قائمة الى اثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من وضعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الالفاظ
فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لان اهل اللغة ايضا يثبتون هذا المعنى اعني تحرير العبيد الا ما يبقى
هذه الالفاظ فقوله فقد جعل انشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بقائل الجعل المذكور ولا شك انه الشارع ويفيده

ولا يدين قضاء لانه خلاف الظاهر ولو قال لها يا حرة يقع لانه نداء بما هو صريح في العتق ح ولا يستفسر المنادى بل يحكم
المذكور هذا هو حقيقته فيقضى بتحقق الوصف فيه وانه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقه بقاله فيما اخبر وسنقرره من بعد
ان شاء الله تعالى الا اذا سماه حرا فيقرر انه اراد به الاعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو نادى بالفارسية يا آزاد وقد
لقبه بالحرة قالوا يعتق وكذا عكسه لانه ليس نداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر او وجهك
او رقبتك او بدنك او قال لامته فرجك حر لان هذه الالفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق والاضافة الى جزء شائع يعم في ذلك الجزء

هو الكافي البليغ فيفيد وجوب ان المراد بجعل الشارع تقريره وكذا في الطلاق والعتاق وقد مر منافي باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب منه ان
الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا لاخباره قبيله وكلام الكافي في العتق ايضا مثله وهو يقتضي انه على جزئيته لم يجعل انشاء اصلا وعلى ما قرره المص في الطلاق
ولفظه في البيع يخالف ذلك وانما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان مرادا باشتباه والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو اذا كان
الخطاب لعبد او هو بالاشارة كقوله هذا حر فانه يعتق به ايضا والوضع يعتبر باعتبار خصوصها مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جامدا فيكون ثبوت العتق
عنده بحكم الشرع اقتضاء تصحيحا لاخباره كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق ثم هذا التقرير انما يجري في غير الندا
فالتقرير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء على ما سيذكره المص هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك لنفسك او بعتك نفسك منك فانه
يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ ازالة ملكه الا انه اذا اوجبه لآخر يتوقف على قبوله واذا اوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق
الاستقاط فلا يحتاج الى قبوله ولا يرده بالرد واما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول **قوله** ولا يدين لانه خلاف الظاهر
بخلاف ما لو قال غيبت انه كان حرا في وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي دين وان كان مولدا لا يدين كذا في النهاية
فرع في البدائع دعا عبده سالما فاجابه آخر فقال انت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء
وفيما بينه وبين الله تعالى انما يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد آخر عتق سالم لانه لا يخاطب الا سالم وفيه قال لعبده انت
حر او لزوجته انت طالق ان نوى العتق والطلاق دين لانه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب الا انها ليست صريحة
لانها عند الانفراد لم تضع للعتق فصارت كالكناية فتقف على النية ولو قال انت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لانه اذا صار في شيء صار
حرا في كل الاشياء **قوله** هذا هو حقيقته وتكلم في الهداية في مواضع اولها هذا وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وانه ثبت
من جهته فيقتضي بثبوته تصديقه بقاله وسنقرره من بعد اسلى في مسألة يا ابني ثانيها فيما اذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد او آزاد ونادى
يا حر انه يعتق فقال لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذا يفيد ان ان عتقه باعتبار اخباره عن ثبوت
الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقه بقاله ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى ما من الصفة
بالحرية فيثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه وهذا يفيد ان ثبوتها اقتضاء تصحيحا لاخباره الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء
واما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا اخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الاعتاق قيدا آخر وهو ان يكون
ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادى يمكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك بحمل الخبر واعلامه باستخفاف والنبوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق
من ابيه كان ابنا له قبل النداء لا به **فرع** في جامع الفقه قال لعبد غيره يا حر استقى ثم اشتراه يعتق قيل هذا نقض للقاعدة اجيب بانه يمكن اثباته حال
النداء بان اعتق عبد غيره واجاز المولى فانه يعتق **قوله** لان مراده الاعلام اي اعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه وهذا ظاهر
اذا كان علمه له معلومة فيكون قصده غير استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا ان يريده فيعتق ح **قوله** او قال
لامته فرجك حر خص الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو
قال لها فرجك علي حرام لم ينو العتق لا يعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي ساقك يعتق لانه يقال هو لسان القوم

وسيأتيك الاختلاف فيه ان شاء الله تعالى وان اضافه الى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن الشافعي والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بينا ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لم يعتق لانه يحتمل انه اراد لا ملك لي عليك لاني بعتك ويحتمل لاني اعتقتك فلا يتعين احدهما مراد الا بالنية قال وكذا الكنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي لا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لانه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل باليد او الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لا سبيل لي عليك لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن ابي يوسف بخلاف قوله لا ملك لي عليك على ما بينا من وجه ان شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لان السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان سلطانا لقيام يده وقد بقي الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لان فيه مطلقا بانتفاء الملك لان المولى على المكاتب سبيلا فلا يحتمل العتق ولو قال لا رق لي

وفي الدم روايتان ولو قال لبسا فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الاصح انه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفي العتق روايتان والاولى بثبوت العتق في ذكرك حر لانه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وقال فخل ذكره هو ذكرهم قوله وسيأتيك الخلاف فيه عند ابي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسئلة تجنيس الاعتاق الآتية قوله ولو قال لا ملك لي عليك شروع في الكنايات الحاصل ان ما ليس بصريح من الالفاظ منها ما يقع العتق به اذا نواه ومنها ما لا يقع به شيء وان نواه فالاول نحو لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند ابي حنيفة ومحمد رح وقوله لامته اطلقتك او انت حرة وقال لعبده انت حر عتقت في الجميع ان نوى ولو قال انت لسداد مجاتك لم يعتق وهو رواية عن ابي حنيفة لا يعتق وان نوى لان الاشياء كلها سدادا لحاجة وعندهما انه يعتق لان الخلوص لا يتحقق الا بالعتق والثاني نحو ان يقول لعبده بنت مني ولامته بنتي مني او حرمت علي وانت بريئة او بائن او تبتة او اخرجي او اخربي او استتري او تقنعي او اذهبي او اختاري فاختارت نفسها لا يثبت العتق بهذا وان نواه وكذا طلقتك كذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما مر وكذا اذا قال اذهبي او توجهي حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى وفي المعنى اذهب حيث شئت كناية ولو قال انت مثل الحر لا يعتق لان التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى كقوله لامرأته انت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا ان نوت الايلاء قوله لان السلطان

عبارة عن اليد قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد لكن كلام المصنف انه التحقيق من التساهل والتجوز فانه قال وسمي السلطان به لقيام يده فالمقتضي ان المعنى الحقيقي الاصلي للسلطان هو اليد وتسميته غيره بالسلطان بالتجاوز لا بالفضل لا لقيام به ثم قيل هو مشترك من الحجة واليد لقول ابن عباس كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لي عليك فانما نفى الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب بخلاف نفي السبيل لانه نفي الطريق والطريق المسلوك لا يراد بتحقيقه بل جعل كناية عن الملك لان الطريق ما يتوصل به الى غيره وذلك في اليد يتوصل به شرعا الى انفاذ التصرفات فاذا صح جعله كناية عنه عتق اذا اراده بخلاف السلطان فانه اليد فنفيه نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب فلم يجعل كناية عن العتق وفي ازالة اليد والملك يثبت بالالفاظ اكثر مما يصلح له وانه لا يجوز وكذا لا حجة لي عليك واعلم ان بعض المشايخ مال الى انه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك وبه قال الائمة الثلاثة وقال بعض المشايخ انه ليس بعيد وعن الكرخي رح فيمن حلف لم يقع لي الفرق بين السلطان والسبيل ومثل هذا الامام لا يقول مثل هذا الا والمحل مشكل وهو به جاريتا او لا فلان اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المعروفة بل القدرة فاذا قيل له سلطان اي يعني الاستيلاء وقد صرح في الكافي بان السلطان بمعنى الاستيلاء واذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة او مجازا فصح ان يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل اولى بادعاء تامل واما ثانيا فالمانع الذي ذكره من ان يراد به العتق وهو لزوم ان يثبت بالالفاظ اكثر مما وضع له غير مانع اذ غاية الامر ان يكون المعنى المجازي اوسع من الحقيقي ولا بد وفي ذلك على وفاية في المجازات العامة فان المعنى الحقيقي فيما يصير من افراد المعنى المجازي كذا هنا يصير زوال اليد من افراد انتفاء العتق او زوال الملك

وثبت على ذلك حتى ومعنى المسألة اذا كان يولد مثله لمثله واذا كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم لو لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه كذا في الكافية
الدعوة بالولاء ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت نسبه منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر
ويعتق لما بالفظ في مجازه عن تقرر اعماله بحقيقته ووجه المجاز نذكره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق اما الاول
فلان اسم المولى وان كان ينتظم الناصر وابن العم والمولاة في الدين والجار والاسفل في العتاقة الا انه تعين الاسفل فصار كاسم خاص له
وهذا لان المولى لا يستعمل بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الاول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته لا اضافة الى العبد
كونه صفة فتعين المولى الاسفل فالتحق بالصريح وكذا اذا قال لامته هذا مولاي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين او الكذب يصدق فيما بينه
وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر واما الثاني فلانه لما تعين الاسفل واراد التحقق بالصريح بالنداء بالفظ الصريح ويعتق بأي قال
يا مولاي يعتق فكذا الكلام هذا الفظ وقال زفر لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام حقيقته ومثل هكذا العمل

فالذي يتبين النظر كون نفي السلطان من الكنايات **قوله** وثبت على ذلك قيل هذا قيد اتفاقي لا معتبر اذا لم يذكره في المبسوط وذكر
في الينابيع الثبات ليس بلازم وفي النهاية رأيت بخط شيخي وفي شرح القدوري لابي الفضل اراد بقوله وثبت على ذلك انه لم يدع له الكراهة
والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق وفي اصول فخر الاسلام الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق ويوافقه ما في المحيط وجامع
شمس الائمة والمجتبى هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك اوهمت او اخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه
بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز اصر على ذلك ام لا قالوا هذا في معروفة النسب اما مجهولة النسب ان دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز
والا جاز قال في المجتبى عرف بهذا ان الثبات شرط الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب فان العتق
لان ثبوت النسب يصح الرجوع عن الاقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوج بمن اقر بنسبها في مختصر الكرخي اذا اقر في
مرضه بأخ من ابيه وامه وابن ابن او بعم وصدقه المقر به ثم انكر المريض وقال ليس بني وبينه قرابة ثم اوصى بماله لرجل ولا
وارث له فان المال كله للموصى له لا شيء للمقر له لان المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما ثم اذا قال هذا ابني بل تصير
امه ام ولده اذا كانت في ملكه قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب او معروف النسب وقيل تصير ام ولد في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتى لم يثبت
نسبه منه لا تصير ام ولد وان كان مجهولا حتى ثبت نسبه منه صارت ام ولده وهذا اعدل **قوله** اذا كان يولد مثله لمثله يعني اذا كان مثله في
السن يجوز شرعا ان يكون ابنا لمثل المدعي في السن هذا هو المراد لا المشاكلة حتى لو كان المدعي ابيض ناصعا والمقر له اسود
حالك وبالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب **قوله** وان كان يتكلم الناصر قال تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا
وان الكافرين لا مولى لهم وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا عليه الصلوة والسلام واني خفت الموالي من
ورائي **قوله** فتعين الاسفل فالتحق بالصريح اورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا
فلا بد من القيد فقولهم المولى لا يستعمل بمملوكه عادة ممنوع بل يحصل له النصرة بهم على انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم
ينادي انا عنيت الناصر بلفظ المولى لا دلالة عليه حقيقة وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على ان المراد الاسفل
ولا اعتبار ارادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة انتهى والجواب ان قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد ان اراد دائما
فممنوع لجواز ان ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه
منعه ان المولى لا يستنصر بعبده لا بلا ثم ما استدل به من قوله تحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا اخرجه لا يستدعي النصر
بعبده بل بني عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وذاهم لذلك فاين دعاؤه اياهم لذلك من كونهم
هم ينصرونه واما قوله الصريح يفوق الدلالة فكانه اراد الكناية قطعا ثم نقول هذا الصريح وهو قوله اردت الناصر بلفظ المولى انما
قاله بعد قوله هو يلحق بالصريح في ارادة العتق فاثبت حكم ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه
ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه لو اراد الناصر لم يعتق فاين المكابرة واعلم ان في المسئلة خلافا فذهب بعض المشايخ انه لا يعتق في هذا مولاي
الا بالنية وانه بين الصريح والكناية **قوله** وقال زفر لا يعتق في الثاني وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك واحمد لانه

بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان اكراما محضا ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لا يصلح للنداء الا انه اذا كان يوصف يكون اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى لتصحيح له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر على ما بينا ولذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره وللبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو خلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام وروي عن ابي حنيفة رح شاذا انه يعتق فيهما لاعتماده على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الام كما اخبر فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير للابن والبنت من غير اضافة ولا امر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهما انه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو كقوله لعتقتك قبل ان تخلق ولابي حنيفة رح انه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في الولد سبب لحريته اما ابتداء لصلة الولد اذا طلق السبب وابنا في اللغة بمعنى

يراد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي افادا انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وكذا في يا سيدي قد قيل انه يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في سيدي والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية **قوله** بخلاف ما ذكر وهو يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا لعبد العتق لانه لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة والفرق ان التكلم حقيقة غير معتبر فتعين المجاز ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق بجواز ان يريد مجازا آخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوى به يا سيدي العتق عتق اما اذا لم يكن له نية صير الى الاخر الذي هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال الا بالنية بخلاف يا مولاي فانه حقيقة في الاسفل فيثبت العتق بعد انتفاء الحقائق الاخر بالنافي **قوله** ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى بمطلوبه حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وان لم يكن تجرد للاعلام وحده ولا يمكن اثباتها من جهته للعتق الا تابعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغي ان يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصديقا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رح لو قال لعبده يا عمي يا خالي او يا ابي يا جدي او يا ابني او يا جاريته يا عمتي يا خالتي او يا امتي او لعبده يا اخي لا يعتق في جميع ذلك ووجهه على وجه يرفع واعلم انه اذا كان المقصود من النداء استحضار الذات لا اذا كان بوصف يمكن اثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ حمل مثاله مع النداء والا فلا شك ان الابنية لا يمكن اثباتها بذلك اللفظ سواء خلق من مائه او من ماء غيره فقول المص لانه لو خلق من ماء غيره الى آخره لا فائدة فيه للقطع بانه اذا خلق من مائه لا يثبت الابنية الا بذلك التعليق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا على ان ثبوته لا بطريق الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتصحيح كونه خبرا صريحا بخلاف ما اقتضاه النداء بالوصف وعلى هذا فما قدمنا تقريره في يا حر مساهلة لعدم اختلاف الجواب اذ ان اثبات الحرية فان قرر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني او اثباتا منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود واما الرواية من المبسوط عن ابي حنيفة التي ذكرها المص شاذة فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقيق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب **قوله** لهما اي هذا كلام محال اي معناه يتحقق محال فيرد ويلغو لقوله اذا عدلنا لم يوجب حكما اصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق كما انه لما قال اعتقتك قبل ان اخلق لم يثبت به العتق وهذا بناء على ان شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصل وان المجازي ليس محلا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون مثلا مبتدأ وخبرا ومن سعد بانهما وجه في البنية سوى هذا الفرق ونحوه وبه يعرف ان استدلال المص كله في غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق وانه طريق المجاز بل يشترطان بعد ذلك شرطا آخر وهو تصور حكم الاصل اي الحقيقي فتحرير محل النزاع ان يقول اتفقوا على ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به والاصل ان لا يصار الى المجاز الا عند تعذر معنى الحقيقة او تعين المجاز بدليل آخر واختلفوا في جهة الخلفية فعندهما الخلفية بينها وبين الحكم يعني ان الحكم الذي يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي يثبت لنفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند ابي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الاصل والاول اوجه لان كلا

الجد الحرية لازمة للبنوة في الحرة والمشابهة في صحة الكلام من طرق المجاز التي ذكرها فيجوز به تجوزا لا لغاء خلاف ما استشهد به لانه لا
له في المجاز تعيين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك ثم قال صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن كلامه بل الدال بالتركيب لان
كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ وسبب لوجوب مال مخصوص من دهو لا يرى انه يخالف مطلق المال في الوصف حتى
وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية فلا تختلف ذاتا حكما فامكن جعله
مجازا عنه ولو قال هذا ابي او اخي ومثله لا يولد لمثله فهو على هذا الخلاف لما بينا ولو قال اصبي مثله هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاتفاق لان
هذا الكلام لا موجب له في الملك لا بواسطة ولا بلا واسطة هي غير ثابتة في كلامه فتعذر ان يجعل مجازا
عن السبب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة

مثلي الآن صحيحا لانهم لم يكونوا اخلاقا سوى في جهة الخلقية مثلا قيل يكون فيها معنى الاصل ايضا انه نقض اللفظ الذي هو المجاز في
الاستعمال الحقيقي او الاثر الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام في تحرير قول ابي حنيفة لشيخه
صحة الاصل من حيث انه مبتدأ وخبر موضوع للايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر العمل بحقيقته الى آخر ما ذكره ولا اشكال ان
صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي انما هو في هذا اسم للاكبر اما هذا اخر فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي واستدل لهما
بانه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من امكانه
الاستحالة لان الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السماء وشرب ماء في هذا الكوز ولا ماء فيه
حيث يحنث عقيب اليمين في الاولى ويجب الكفارة فيه دون الثانية لوجوب الكفارة خلف عن البر ولما امكن البر
في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في الثانية لم ينعقد قرانا الخلف يعتمد قيام امكان
الاصل ونارة بان الحكم هو المقصود باللفظ فباعتبار الخلقية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود عنه اولى من غيره واجيب
عن الاول بان توقفه على فهم الموضوع له على انه غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد فقد لا يستلزم امكان تحققه في الخارج
وعن الثاني ان تلك الخلقية بين حكمين شرعيين ومعنى خلقية حكم شرعي لآخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر
امتثال الاول وهذا فرع تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم لا فضوء
فلا يتصور شرعا خلف استحال اصله لانه لا تعلق اذ ذاك ولم يجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وح ظهر انه لا لازمية
بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ
مجازا فاذا ظهر مما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف باللفظ بان استعمل
مرة فيما وضع له واخرى فيما لم يوضع له لم يعلم من جهة اهل اللسان انهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج
سوى الى ادراكه الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لتفصيل لمتعلم العلاقة فانه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد
فهمه ايضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان وجود معنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز
زيد اسد فانه وزان هذا اسم للاكبر منه فان المعنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان اسدا والاتفاق على
جوازه بل وعلى بلاغته وما فرق به من ان هذا مستعار بجملته بخلاف هذا اسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ ممنوع واذا
ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم بكلام ولتعذر الحقيقي له ولا كلام طريق يتجوز به فيه تعين تجوزه اولم يتجوز اولم يتجوز اصلا ملغا كلام العاقل
وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكه استعمالا للاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا دخل في
الوجود عتق ديانة وقضاء والا فقضاء ولا تصير امه بذلك ام ولد له بخلاف اعتقتك قبل ان اخلق او تخلق لانه لا طريق فيه للمجاز اصلا
ضرورة قوله وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخر لهما وهو ما اذا قال لآخر قطعت يدك خطأ فاخبرهما
صحيحتين فانه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فاجاب بان لغوه ليس لتعذر الحقيقي

ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين ما بينا ولو قال لعبده هذا ابني فقد قيل على الخلاف وقد قيل هو بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في الكلام وان قال لامته انت طالق او بائن او مخمرة ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رح تعتق اذا نوى

بل للتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن اثباته الا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ مجازا بالسبب عن المسبب والذي يمكن اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع ايجاب المال به مطلقا خلافا ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الحرية لا تختلف لكن ذاتها حاصلة عن لفظ حر او لفظ ابني فالكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو قوله ولو قال هذا ابي الخ جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف ايضا فعند ابي حنيفة يعتق وما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فاجاب عنه اولا بانه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق بملكه وثانيا بالفرق فانه لا يعتق اتفاقا وهي ان هذا الكلام لا يوجب له في الملك والا بواسطة الاب ولا وجود له في اللفظ **قوله** ولو قال هذا اخي اي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن وجه الروايتين ما بيناه فحوالة وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب الحرية في المملوك ويعرف عنه وجه هذه وهو ان الاخوة سبب لعتق المملوك وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الى آخر ما ذكره وتقريره ههنا ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب او الام ولا ذكر لهما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ولان الاخوة تقال لما بالنسب في الرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال من ابي او من امي او من النسب عتق اذا عرف هذا فلا شك في صحة الاصل المذكور لكن يخرج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين او يتعين هذا لانه ايسر كما قررنا في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضا الا بالبينة فان اجيب بان اعتبار الفائدة الشرعية اولى وهي المتعينة ههنا ورد عليهم هذا اخي فانه لا يعتق بوجوه منه بانه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من ابي ونحوه عتق وبان العتق يعلق بالولادة ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو دار بينهما كان المجاز اولى وان علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولادة ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين اصحابنا ذكره في البدائع وفرق بينه وبين هذا اخي بانه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستعمل للاكرام عادة وهذا يقوي ما اوردناه في هذا ابني فلا يخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا اخي وهي ما نقلها المص **قوله** ولو قال لعبده هذا ابنتي فكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان يولد مثله بمثله لان الاول مجاز عن عتق في الذكر لانه بجهة البنوة حقيقة والثاني عنه في الانثى فانثى حقيقة لانتفاء محل ينزل فيه ولا يتجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره لئلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين احدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البدائع ان الاتفاق على منعه اللهم ان يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والياء حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالبنوية الى مسمى الياء عن نسبته اليه بالعتق فيتعين الاول وما ذكره المص بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار يتعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وتبين هذا الاصل في باب المهر وهو الذي اراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه هنا مع المسمى جنسان لانه الذكر والانثى في الانسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم ان يتعلق الحكم بالمسمى اعني مسمى بنت وهو معدوم ههنا لان اثبات ذكر

وكذا على هذا الخلاف سائر الالفاظ الصريح والكناية على ما قال مشائخنا رحمهم الله انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام تثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان لا عتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيظهر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فيظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في التسارح فيه والنسائي في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية

قوله وكذا على هذا الخلاف جميع الفاظ الصريح كانت مطلقة والطلاق والكنايات كما لو قال لامته انت علي حرام او بائن او بتلة او بتة او بنت مني او خلية او برية او حبلك على غاربك واخرجي وقومي واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها وتعني ذلك او قال ذلك لعبده او قال له اطلقتك لا يعتق في ذلك كله وان نوى بخلاف ما تقدم من قوله اطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله وعن احمد روايتان احدهما كقولنا والاخرى كقوله **قوله** لان بين الملكين اي ملك الرقبة وملك النكاح موافقة **قوله** اذ كل منهما الخ حاصله انه اثبات للمشابهة بين الملكين اعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما اما الاول فان النكاح في حكم ملك العين شرعا لان ملك المتعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه او هو اشتراط التابيد له كما في البيع واتفاقا لازم ملك المتعة عنه وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم لملك المتعة اعني الاجارة واستفادا بكل منهما ملك الوطي بخلاف الاجارة واما الثاني فلان كلا من التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه واما الاحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الاموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل ثبت بسبب سابق به على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا فان هذه خصائص الآدمية فالآدمية مع التكليف هي السبب وانما استنبت بمانع الرق وبالعتق يزول المانع فيظهر اثر المقتضي كالزوجة في حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولاشتغالها بمتاعه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا يصح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب ان يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهي مشتركة لانها نسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر **قوله** ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه اي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعي كما لو قال اسقني نويت به العتق او الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ في المعنى اما وضعه له او التجوز به فيه فالاول منتف وكذا الثاني لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة انواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة حاصل معنى قوله كل لفظ وضع بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلك ان تطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بان يثبت عنه انه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحققه في ذلك الجزء او نقل اعتباره فالثابت بقياسه في علاقة المشابهة ان يكون في نصف خارج ظاهر في التجوز عنه ثبوته فيه اقوى منه في المتجوز به فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا يتجوز باعتبار دال على ما ليس هو فيه فالاول لا يجوز التجوز به لا لانحراز المحموم مع انهما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما والثاني وجب ان لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز اكثر منه في محل الحقيقة اذا عرف هذا فنقول الاعتاق انما هو اثبات تلك القوة التي فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الامور قبله والاصل في اضافة عدم الشيء ان يكون الى عدم المقتضي لا الى قيام المانع لان عدمه هو الاصل في عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضي ولو سلم فالاصل عدم المقتضي فيبقى على العدم لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه انه الآدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضي ملكا اما عقلا فظاهر وشرعا لم يثبت بل انما يثبت

ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه
بحذف حرف الا ولو قال راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن **فصل** ومن ملك ذا رحم محرم
منه عتق عليه هذا اللفظ مروي عن النبي عليه السلام وقال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه
فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤبدة بالمحرمية ولادا او غيره

شرط وان ذلك الملك مع الحرية فتكون هي السبب الشرعي والطلاق لازالة قيد النكاح ليملكها القائم عليه حتى يجوز الخروج والتزوج
وهذا لان ملكها يتحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها فلم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ولا مناسبة بين
ازالة المانع في محل يعمل الملك القائم عليه وبين اثبات الملك الزائل في محل بملاقة يجوز التجوز وهي ان تكون محققة بالتجوز عنه اي ظاهرة
مشهورة وثبوتها فيه اقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا فان الاسقاط المشترك ثبوته في العتق اكثر واقوى منه في الطلاق
والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا واشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لو قوعه على وفق الشرط المذكور
وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فنوفيه لفظ السبب في المسبب بخلاف قلبه فانه المسبب
في السبب وهو ممنوع الا ان اختص الا وجد المسبب دون سبب المعين فلا تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا ايضا بدليل ان الامة لو كانت متزوجة
فاعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة انما هو بناء على اعتقاد ان المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما تؤثر عند كون الحكم معدوما
قبلها الا ترى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا آخر يمكن ان
يقال اوجب العتق حرمة اخرى للمتعة فمن هذا قبيل الكنايات منها ما يقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك او ملكتها او وهبت نفسك
منك او بعت لك نفسك او بعت نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاجتياح اليها اذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير العتق فاستغنت
عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم فمنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكناياته والتحقيق في مثل الاول ان يقال انه ملحق بالصريح كما في مولاي
من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين فالحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي
وهذا بناء على ان الصريح يخص الموضوع والا فيحتاج الى صيرورة جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا **قوله** ولو قال ما انت الا
عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في
الاول وقد بيناه في الاصول وانه لا ينافي قوله الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا وانما كونه اثباتا موكدا فلو رود بعد النفي بخلاف الاثبات المجرد

قوله ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرف ولو قال راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميعه
وهذا يقتضي انه لا ينوي كما لو قال راسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسالة منقولة من نوادر ابن سماعة لو قال راسك
راس حر عتق اذا نواه وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو خاط حملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي الهارونيات لو رآها
تمشي فقال هذه مشية حر او تتكلم فقال هذا كلام حر لم يعتق الا ان يقول اردت العتق وهذا قول ابي يوسف وقال الحسن بن زياد من قتل
نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال جسمك حر او اصلك حر وعلم انه من سبي لا يعتق
لانه صادق وكذا لو قال ابواك حران وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ليسعه فيما بينه
وبين الله تعالى ولا يعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال لمستك حر كان حرا وكذا ذكرك حر وتقدم

فصل اعقب العتق الاختياري بالاضطراري **قوله** وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائي عن حمزة
بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه

والشافعي لا يخالفنا في غير الولاء ثبوت العتق من غير مرضاة المالك فيه القياس ولا يقتضيه ولا الاخوة وما يضاهيهما نازلة عن قرابة الولاء فامتنع الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولو يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في الحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد معنى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى تجب النفقة ويحرم النكاح

وضعفه البيهقي والنسائي بسبب ان ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا اسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من ارسله ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة بن معين وغيره وان لم يحتج به في الصحيحين اما الحديث الثاني وهو قوله عم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فاخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة وحماد فقد شك فيه فان موسى بن اسمعيل قال في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد فقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروي من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلي رضي الله عنهم باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن سهيل عن المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا فاراد ان يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط ان ابن عباس رضي الله عنه قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته واني اريد ان اعتقه فقال عليه السلام فان الله قد اعتقه **قوله** والشافعي الخ ويقولنا قال احمد وذكر الخطابي في معالم السنن انه قال اكثر العلماء وقال روى ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهم ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وابو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولاد والاخوة والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود والظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق لظاهر قوله عم لن يجزي والد ولده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ولان القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتي الرحمن عبدا لقد احصاهم وعدهم عدا اثبت به ان الابنية تنافي العبدية فاذا اثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما تقول اطعمه فاشبعه وسقاه فاروا والتعقيب حاصل اذ العتق يعقب الشراء وانما اثبت له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لانه لا فائدة في اثباته لاستلحاق النبوة **قوله** لان ثبوت العتق من غير مرضات المالك في الولاد ينفيه القياس على غير القريب من البعيد وعلى سائر الاملاك اذ لا تخرج عن ملك مالكها من غير رضاه واختياره اولا لا يقتضيه القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الا من لا يعتد بخلافه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق اي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال اي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات والقرابات ثلاث ولاد وغير المحرمية وعدمها كابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والاخالات ويجب رد المتنازع فيه الى ما هو اشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني اشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية واما الثاني فلانا رأينا احكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الخلوة واشتراء المكاتب وكذا في هذا الحكم **قوله** ولنا ما روينا فنعمل معه جميع المعاني المعينة والقياس الصحيح بل دلالة النص

ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجرى الاخ لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدر به
على الاعتاق ولا افتراض عند القدرة بخلاف الولاء لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فاستتم البيع فيعتق تحقيقا للمقصود العقد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يتكاتب
على الاخ ايضا وهو قولهما لنا ان عتقه اعلاء ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان الحرمية ثابتة بالقرابة والصبي جعل اهلا لهذا العتق
وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد نشأ به النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصلبان عتق لوجود ركن
الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين وعتق المكره والسكران واقع لصدوره من
من الاهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما الاضافة الى الملك ففيه
خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق بالشرط فلانه استنباط

تقريره ملك قريبه قرابة موثرة في الحرمية فيعتق عليه كما في الولاد وهذا اعني كونه قرابة موكدة في الحرمية هي الموثرة في الاصل وهو قرابة الولاد يعني هو الذي
تعلق به الحكم فيه الولاد بمعنى ولو سلم فغايته ما منع ان ارانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه بجواز ان يعلل الاصل باخرى متعدية الى ما لم تعد
اليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهر اثرها في جنس هذا الحكم وهو وقوع ملك النكاح الذي هو اقوى الدليلين فلان يوثر في رفع اعلاهما
وهو ملك الرقبة اولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص ايضا يدل على تعيينه وهو ما روينا وفائدته تعليق
الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف هذا ايضا الغاء ما عينه وقول المص حتى وجبت النفقة الزام مختلف فيه لكنه ما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك الزم به غير معتبر خلافه وكانه ثابت اتفاقا وقولهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانقطاع بالارسال
وهو غير قادح لان الراوي قد يرسل وكثيرا ما يرسل ومعلوم انه اذا ارسل فلا بد ان يكون عن واسطة وغاية الامر انه عين الواسطة مرة
وترك اخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك واحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت
صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا عملت الصحابة على وفقه وانت سمعت ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت من غيرهم خلافهم فثبت
بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فما يعارضه اعتبارهم بهم فيه لانه الحاق بالاشتهاء ولا اثر له ولو
كان صحيحا عنده فالمعنى الذي ظهر اثره في جنس الحكم اولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع قوله ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او
كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق بينهما اذا كان العبد مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمة وقيد بقوله في دار الاسلام لانه
لا حكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في دار الحرب او اعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا اعتق الحربي عبده
في دار الحرب ذكر الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا اعتقه وخلافا قال في المختلف
يعتق عند ابي يوسف ولا ولاء له وقالا لا ولاء له لكن عتقه بالتخلية لا بالاعتاق فهو كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا
حربيا فاعتقه ثم القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب لا يجري عليه احكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم ينقطع
عنه احكام المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير
وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب وهذا نص على انه دخل هناك بعد ان كان هنا فلذا لم
ينقطع عنه احكام الاسلام وهذا بخلاف استحقاق النفقة لانها منوطة بعلة القرابة المؤثرة بالنص فلم تجب مع اختلاف الدين قوله والافتراض
عند القدرة جواب عن اعتبار ولاء المكاتب قال علة العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض انما يثبت عند القدرة
وانما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق فليس كتابة غير الولاد مما ينظم كتابة بخلاف كتابة الولاد
فانه لكون الحرية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على جميع اجزائه على ان عن ابي حنيفة انه يتكاتب على الآخر وهو قولهما فلنا ان تمنع والجواب
عن الشهادة والزكوة ان عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لنا من وجه وهذا المانع منتف في غير الولاد
قوله وعتق المكره والسكران واقع في المكره خلاف الائمة الثلاثة والاكراه لا يزيل الا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ولذا جاز
عتق الهازل وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق قوله والاضافة الى الملك كان يقول ان ملكتك فانت

فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ملك في موضعه واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عليه السلام في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل بها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى استدامة صورة العدم لاضافة اليها ولا اليه بدءا لما فيه من قلب الموضوع ثم استرق الحمل ليحمله ولا يتم بيعه وهبته لان التسليم لنفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالاضافة الى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الاسترقاق فاذا لم يعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه الام لانه في حق العتق نفس على حدة واشتراط بذل العتق على غير المعتق لا يجوز

او ملكت عبدا او نحوه فهو حر فنفيه خلاف الشافعي اي وحده فان مالكا يوافقنا فيه كذا عن احمد وفرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجز اضافته الى الملك بخلاف العتق بان العتق مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على عرف فلم يفترقا في ذلك **قوله** فيجري فيه التعليق لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رح انما الخلاف في انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك حين التعليق الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف مبني على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط **قوله** واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما او لا وقيد بالخروج لانه لو اسلم ولم يخرج لم يعتق ولقولنا قال الائمة الثلاثة وقال الاوزاعي اذا خرج سيده مسلما يرد اليه وعند الظاهرية اذا اسلم عتق خرج او لم يخرج واورد ابن حزم عليه ان مسلما ان اسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك ثم اجاب بانا لم نقل بهذا الا لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد اهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر وبدعوى فسخ تملك الكافر للمؤمن قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في اتحاد الايراد وهو ما يصلح دليلا لنا وفي الجواب بالا يخفى **قوله** لقوله عليه السلام في عبيد الطائف اخرجه ابو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي واللفظ لابي داود قال خرج عبدان بكسر العين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يصيب الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدهم واحدا واحدا ابو بكرة ووردان والمبعث والازرق ومحسن النبال وابراهيم بن جابر ويسار وناقع ومرزوق كل هؤلاء اعتقهم عليه السلام فلما اسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء ان يردوا الى الرق فقال عليه السلام اولئك عتقاء الله لا سبيل اليهم واخرج عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم عن سليمان شيخ ابو عثمان النهدي عن ابي بكرة انه خرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر اهل الطائف ثلاثة وعشرين عبدا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل ابي داود فلما اسلم مواليهم رد النبي صلى الله عليه وسلم الولاء اليهم وفيه مجهول واخرج البيهقي مرسلا وقال ثم وفد اهل الطائف فاسلموا وقالوا يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين اتوك فقال صلى الله عليه وسلم اولئك عتقاء الله ورد على كل رجل ولاءه **قوله** ابتداء احتراز عن بقاء الرق فانه يبقى بعد الاسلام بعد ثبوته بطريقه **قوله** عتق دونها باجماع الاربعة ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافا لاحمد واسحق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين وقولهم مروي عن ابن عمر وابي هريرة فانهم لا يجوزون عتق الجنين دون امه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق امه بتعتيقه وقال ابو يوسف اذا خرج اكثر الولد فاعتقت لا يعتق هو لانه كالمنفصل في حق الاحكام حتى تنقضي العدة ولو مات في هذه الحالة ورث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر **قوله** ثم اعتاق الحمل صحيح عند الجمهور خلافا للظاهرية ولا يجوز بيع الام اذا اعتق ما في بطنها ويجوز هبتها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكما بخلاف الهبة **قوله** لما فيه من تغليب الموضوع واما استحقاق ام الولد المعتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد نقضا لو كان عتق ام الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهو ممتنع اذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقه رقه وليس كذلك لانه تعلق حرا فلا يرد نقضا اصلا ليحتاج الى الجواب بانه خرج بالنص على خلاف القياس وذكر انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعتقه **قوله** والقدرة

على ما مر في الخلع والثاني يعتبر قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه لانه ادنى مدة الحمل قال لان الاستيلاد
حق لازم لا يحتمل الفسخ فيعتق عليه معه لان الاصل لا يتجزأ ولان الامة لوطء ولدها صار مستولدا لسيدها فلا يجامع الام
بالنكاح الجديد ولا يستقيم ان يكون عاتقا والمنافاة متحققة والزوج قد رضي بالعيوب ولان الولد ما رضي به وولد الحرة
حر على كل حال لان حاله لا يتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في الملوكية والرقية والتدبير وامية الولد والكتابة

عليه اي على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه **قوله** على ما مر في الخلع الحوالة غير راجحة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا وما مر
حيث يجوز اشتراط بدله على اجنبي ان العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه وتحدث له القوة الشرعية وذلك اي شيء نفيس ولا
يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المرأة فانها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها
لان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه وكذا لا يصح بطريق الكفالة لانه
لا يجب على الحي فكيف يجب على الكفيل وكذا لو قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر عتق بلا شيء لانه
لا يجب على الحي شيء لسبب غيرها **قوله** لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق فلو جاءت بالستة اشهر فصاعدا منه لا يعتق الا
ان يكون حملها قد اتى جاءت به لاقل من ستة اشهر ثم جاءت بالثاني في ستة اشهر او اكثر او يكون هذه الامة معتدة عن طلاق او
وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق ح فيعتق لانه كان محكوما بوجوده
حين اعتقه حتى ثبت نسبه وعلى هذا فرع لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة
اشهر تجب دية الجنين لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن حيا يكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب
لستة اشهر فلا شيء عليه لانه عبده كذا ذكره **قوله** فيعتق عليه التحقيق انه يعلق حرا لا انه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة فانه
يجب القطع لان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا وفي المبسوط الولد يعلق حرا من الماء لان ماءه حر وماء جاريته
مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها لانه مخلوق من ماءها يقينا
بخلاف الرجل ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي من الاب ويثبت النسب منها بالزنا وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب وكان الام
اولى بالاعتبار عند التعارض اولا استهلاك ماء بماءها لانه في موضعه ويزداد قوة متصلا به متنا او ترجح بالحضانة والتربية اولا لانه قبل
الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض القراض ويعتق بعتقها ولا يستغني من بعيها والزوج رضي برق الولد حيث اقدم على تزوجها مع العلم
برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فيجب
قيمته **قوله** كما يتبعها في الملوكية والمرقوقية اورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما والرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء
استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على
نفسه وهو عقد فاول ما يوجد الاسير يوصف بالرق لا الملكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص
بالانسان وبالبيع يزول عنه ملك ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فاغنى
بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فتبين بهما انه يتبع الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين الماكول وغير الماكول كالحمار الاهلي
مع الحمار الوحشي يؤكل واذا تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولا اختلاف مفهومهما قد
يختلفان في الكمية في شخص واحد كالمدبر في القن ورق ام الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقه عن الكفارة والملك فيهما كامل
والمكاتب ملكه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي
حر وما اورد من ان الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والتجزي

باب العبد يعتق بعضه

اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي رح فاضافته الى البعض كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد ولابي حنيفة رح ان الاعتاق ابانة لعقد بازالة الملك وهو ازالة الملك كان الملك وحقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يحل لغيره كالتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره

والحاصل ان الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم امية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا والله تعالى اعلم

باب العبد يعتق بعضه لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي ان ما كثر وجوده فالحاجة الى بيان احكامه امس منها الى ما يندر وجوده وان دفع الحاجة الماسة مقدم على الندرة فلذا اخر هذا عما قبله **قوله** اذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة يعتبر قيمته في الحال والاستسعاء ان يواجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه وصحح انه اذا امتنع عن السعاية فعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد ان معنى الاستسعاء غير الاداء انما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهر ان هذا اذا عين مقدارا كربعك حر وبخمسك فلو قال بعضك حر وجزؤك او شقص امر بالبيان فلو قال سهم منك حر فقياسه في قول ابي حنيفة ان يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبد ويسعى في خمسة اسداسه وقوله عتق ذلك القدر يعتبر بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند ابي حنيفة رق كله بخلافه في قوله وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق اي وقالا يزول الرق عنه كله ثم قال المصرح واصل ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول الشافعي يعني فيما اذا كان المولى واحدا وكان الشريكين والمعتق موسرا اما اذا كان الشريكين والمعتق معسرا فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فثبت في البعض دون البعض والذي يقتضيه النظر ان هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه فان القائل بالعتق اذا الاعتاق يتجزى لم يرده بالمعنى الذي يريد به قائل انه لا يتجزى وهو زوال الرق او ازالته اذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك او ازالته ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي ان يقال اختلف في تجزي المعتق وعدمه او الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق ولا بالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير ان زوال الرق لا يثبت الا عند زوال الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها متجزئ فبالضرورة ان المعتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والنكاح بنفسه ونفسه ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعا فتسقط بعدم تجزيه والملك متجزئ قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وح فينبغي ان يقام الدليل من الجانبين على ان الثابت به اولا زوال الملك او الرق لانه محل النزاع والوجه ينتهض لابي حنيفة اما المعنى فلان تصرف الانسان يقتصر على حقه وحق الملك اما الرق فحق الله او حق العامة على ما تقدم فيلزم ان الثابت بالاعتاق زوال الملك لولا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا اذ زال لا الى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة زوال لا الى مالك لان ذلك هو المسمى بالعتق لا ازالة الملك كيف ما كان واما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق انما دل تصور عتق البعض فقط فقول ايوب لا ادري اشيء قاله نافع او هو شيء في الحديث لا يضر اذ الظاهر

والاصل ان العتق يتقصر على موضعه لا متعداه والتعدي الى ما وراءه مفروض عدم التعدي والملك مجرد كالبيع والهبة فيبقى على الاصل وعلى
السعاية لاختيار مالية بعض العبد بترك المكاتب عند الامام لان الامانة في البعض توجب ثبوته للكل كما في الوديعة بعد ما يمنعه فعلمنا بالدليل بازاله مكاتبا اذ هو مالك بدل الرقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار تعجيز لان المكاتب قابل للفسخ
عند اداء او عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى لحق فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة المفسوخة لانه عقد يقبل الفسخ وكيف في الطلاق والعفو
عن القصاص حالة متوسطة فاثبتنا في الكل ترجيحا للتحرير والاستيلاد يجري عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة
او في القنية لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان في كمل الاستيلاد

بل الواجب ادمنه فلا يجوز ادراج مثل هذه من غير نصب قاطع في افادة انه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجب
في الحديث علة قادحة وكذا ما رواه البخاري ايضا عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه
في ماله ان كان له مال والا قوم عليه قيمة عدل واستسعى به غير مشقوق عليه اي لا يغلى عليه الثمن افاد عدم شراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والا
لكان تخليص قبل تخليص العتق هذا هو الظاهر واما ما روي لها من حديث ابن عمر رضي عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتق نصيبا له في
مملوك او شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقد اعتق كله فانما يقتضي عتق كله اذا كان له مال
يبلغ قيمته وليس هذا ذلك بل انه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه كان له مال او لا فقد افادت الاحاديث ان العتق مما يتقصر ولا يستلزم
وجود السراية فان وردت في العبد المشترك واستدل ايضا بدلالة الاجماع وهو ان المعتق اذا كان معسرا لا يضمن بالاجماع ولو كان
اعتاق البعض اعتاقا للكل واتلافا له لضمن مطلقا كما اذا اتلفه بالسيف او بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضاء فانه يضمن موسرا كان
او معسرا لكن قد يقال في هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وحيث ثبت الاقتصار لزم ان يكون المراد بالعتق في قوله فقد عتق منه
ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن وهو مروي عن علي وعمر بخلاف ما قيل ان قول عمر قولها فقد
الطحاوي الى عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فابلى فيها وكان بيني وبين امي واخي الاسود فاراد واعتقه وكنت يومئذ
صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم اعتق والا ضمنكم اثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد
بلوغه بعد ان ثبت في العبد اعتاقهما واما فانا ذلك لان الرق لا يتجزى زوالا عند احد فيلزم المطلوب وهو ان النازل بالاعتاق بالذات زوال
الملك واذا ثبت ذلك لزم في اعتاق بعض العبد الخاص بان يعتق ذلك القدر اي نزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم
فيها واذا ظهر ان ما زال بالاعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شيء ما ان لا يبقى في الرق لزم ان يسعى العبد في باقي قيمته لحقيقة
بالبقية الباقي عنده وما لم يود السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على اداء العدل وكونه احق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام
وكونه رقيقا كله الا انه يخالفه في انه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب ان المستسعى زال الملك عن بعضه لا الى
مالك صدقة عليه وانما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قصرا بخلاف المكاتب فان عتقه في مقابلة التزامه بعقد بافتداء
لقيال ولا يفسخ بتعجيز نفسه وعلى هذا اذا اعتق امة مشتركة بينه من آخر ثم ولدت فلا شريك ان يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم اعتق ولا تضمن
شيئا من قيمة الولد لانه ما منع في الولد شيئا ولانه لم يثبت حق الشريك في الولد لانها كانت مكاتبة حين ولدت والمكاتبة
احق بولدها كما انها احق بكسبها والاعتراض بانها ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه
واذا تحققت ما ذكرنا ومن محل النزاع ظهر لك انما ذكروا من الحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لانه
ان اريد الحاق ازالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على ان الرق لا يتجزى زوالا او الحاق ازالة الملك بها
فغير صحيح لانهم وغيرهم لا يقولون بانه لا يتجزى واقصى ما يمكن في تقريره ان يجعل الحاقا لزوال الملك لا الى مالك في عدم التجزي بان ينزل
ما يعني ان التجزي زوال الملك الى مالك لا الى غير مالك الحاقا بالامور المذكورة فان في الطلاق زوال ملك لا الى مالك وفي العفو زوال حق لا الى مستحق

وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فإن كان موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن شريكه
قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما
وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند أبي حنيفة رح

آخر والاستيلاء وزوال ملك كذلك أعني ملك بيعها وهبتها والجواب أولا أنه الحاق بلا جامع لأن عدم التجزي في الأصول لعدم التصور إذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلق ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ولا إسقاط نصف حق العتق فإن العتق ثبوت حقه لا نصفه فعدم الثبوت وهو معنى سقوط القصاص وليس عدم التجزي فيها لأن الزوال لا إلى مالك بل لا أثر لكون الزوال إلى ملك أو لا إليه بخلاف زوال ملك الرقبة وهذا معنى قول المص وليس في الطلاق والعتق حالة متوسطة أي ليس فيهما الإزوال كليهما أو بقاؤهما فاثبتناه في الكل أي فأثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو الحرمة فإنه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعتق وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به وأما الاستيلاء فتجزأ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبره أو قن صح ثم لو مات المستولد يعتق من جميع ماله ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله وإنما كمل في العتق لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بإفساد ملكه من حين الاستيلاد فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزي بالضرورة **قوله** وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق أي زال ملكه عنه فإن كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه متجزيا ومضافا وينبغي إذا أضافه أن لا يقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما أمر جوابه فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وإن شاء ضمن المعتق قيمته إذا لم يكن بإذنه فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له وإن شاء استسعى العبد فيها فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين أي في الإعتاق والسعاية وهذا كله عند أبي حنيفة رح هكذا ذكر في الأصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وإن دبره وعلمت حكمه أن يستسعى وإن كاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد على السعاية يؤاجره جبرا ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقدين لا يجوز إلا أن يكون نقدا يتغابن الناس فيه لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر وكذا لو صالحه على عرض أكثر وإن كان كاتبه على عرض قيمتها أكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لو ليس والتضمين أولى لأنه أنظر ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار قيل هذا في موضع ليس فيه قاض فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للمولى اختيار العتق لأنه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة فليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فإنه إذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة أمكنه وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى وإن لم يكن على العبدين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الإعتاق فإنه كان فيه صحيحا ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحا وإن كان أعمى يوم العتق فالخيار بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان وذكر المعتبر اليسار والإعسار وقت العتق فإن كان موسرا وقت التضمين فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه فإن كان العبد قائما نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يقيما وقالا على العتق فيما مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات الحدوث ولذلك إن أراد

وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على اصل وهو ان العتاق
تجزى الاعتاق ويضمنه على ما بينا والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عندهما ويمنع عنده والثاني قوله عليه السلام في الرجل
يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة تنافي الشركة

ان يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر
الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل انت موسر نظر الى حاله يوم ظهر
العتق اما لانه كالمنشئ للعتق في الحال او لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعي
اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو كالمستاجر مع رب الظاهرة اذا اختلفا في
جريان المار في المدة يحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق كان سابقا عليه في مدة قد يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار
يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يدبره
ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعى الغلام بعد ذلك
والا فله قيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فلورثته
من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت في الورثة فان شاؤا
اعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان يملك بالاداء
الى المورث وان اختار الاعتاق والاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من اولاد الميت دون الاناث لان المعتق البعض كالمكاتب
والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيبقى نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه في ذلك للذكور من اولاده دون
الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين او الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك الا بالارث
فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي يقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه
وليس للمورث ان يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض وكذا الورثة ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه وان
كان موسرا وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه من العبد باق على ملكه والضمان غير
متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه وليس له ان يقرر الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرط وهو ان
يهلك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان عليه كالاعتاق لان السبب
وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وكان
محلا للتمليك عند ذلك بخلاف ما لو باعه نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان
هذا تمليك للحال وهو غير محتمل له وفي جامع قاضي خان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان المعتق
من تركته في قول ابي حنيفة رح بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت وعندهما يؤخذ به لانه ضمان اتلاف
وانما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اي للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية
مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق قال المصنف رح وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي الاعتاق عنده وعندهما

وكذا لو استسعى مالية نصيبه من العبد فلو ان نسيمة كما اذا هبت الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا هنا الا ان العبد فقير فيستسعيه

وعدمه عندهما فيه خرجه بيون وتقدم بيانه والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما فيه ان جميع النصوص التي ظاهرها تجري الاعتاق كقوله فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه في ماله وقوله عليه السلام من اعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمته عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث ابن الملبح عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك واجاز عتقه رواه احمد وابو داود وزاد رزين في ماله وفي لفظ موحر كله ليس لله شريك وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كما ما تقيد ان الحكم الثابت عند يسار التضمين ليس غيره ولذا اختار الطحاوي قولهما ووجهه انه قسم فجعل الحكم عند يسار تضمينه وعند اعسار الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة رح بقوله اذا ابى الساكت احتبس على البناء للفاعل بالبيت نصيبه عند العبد فدل ان تضمينه وان وقع احتباسها عنده لغيره اختياره كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه فيأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين المعتق من غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره واورد عليه انه معارضة للنصوص بالتعليل فانها اوجبت السعاية اذا كان المعتق معسرا لا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفي الاستسعاء عند نفي الاعسار فجاز ان يثبت عند عدمه اقتضاء بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا اورده شارح واجاب والتحقيق في ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعاء والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الاعسار وح يندفع ذلك الجواب وقد اجيب ايضا بنحوه وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضي الوجود عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تنافي الشركة مطلقا بل ذلك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد مشتمل قوله عليه السلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا ولك الحمد وليس بشيء اذ لا اثر لتعدد الشرط ووجدته في اختلاف حكم القسمة وفي الكافي جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى ان هذه القسمة كما يفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التي تفيد بها تلك الافادة فان قيل فمن اي وجه افادت القسمة نفي الشركة فالجواب انه لما اعطي فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره وغاية ما يمكن ان يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذا كان على خلاف الدليل الظاهر وذلك ان الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على حق الشريك سواء كان موسرا او معسرا فلا يجوز تضمين المعتق

ثم المعتبر يسار التيسير وهو ما دون المال قدر قيمة نصيب الساكت لا يسار الغناء لانه يعتبر في التقويم لا في تحقيق ما قصده المعتق من القربة ويسار التيسير يوجد في حق الساكت ليتم القربة على قوله ويقع العتق عنه على العبد لعدم السعاية في حقه لا يوجد في حق الساكت

فيبين الشارع موضع مخالفته وهو التعيين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان الدليل فاد جواز الاستسعاء مقصورا فنفى القصر وبقي جوازه ولا يخفى ان في هذا تعليل معارضة الدليلين لانه في قصر الجواز على الاستسعاء اقل منه في نفي اصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس اذ بين لمشروعية التعيين مع اليسار ان تعيين الاستسعاء انما هو في غير ما اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى بنفس التصرف في المحل اما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب كالشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم اتمامها يوجب القيام بالآخر وهو العبد بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة واما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعاء عنهما على خلاف القياس في صورة الاعسار بناء على انه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه فلا شك في ان عتق ما يملكه مشروع وعبادة والاتلاف دفع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان فسدت مالية باقي العبد كمن هدم داره فانهدم دار غيره فالحق ان القياس ليس الا الاستسعاء والنص خصصه وفي المسئلة قول الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولا سعاية اصلا وسبب هذا القول اعلالهم لفظ السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن ابي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال وبلغني انهما ما روى هذا الحديث فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشتق عليه من قول قتادة قال عبد الرحمن بن مهدي احاديث همام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء وقال الدارقطني سمعت ابا بكر النيسابوري يقول احسن همام رواه همام وضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن ابي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم واحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي اضطرب سعيد بن ابي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر رضي الله عنه عنه عليه السلام من اعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من الاثبات في قتادة وليس هو بدون همام عنه وقد تابعه جماعة على ما ذكر الاستسعاء ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جرير بن حازم وابان بن يزيد العطار وحجاج بن ارطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد اخرجه الشيخان في صحيحهما وحسبك بذلك يعني برفعها الاستسعاء وفي المسئلة مذاهب اخرى ضعيفة مثل انه لا يعتق شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وان لم التعيين وان كان معسرا وهو منقول عن زفر وبشر المريسي وانه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين **قوله** ثم المعتبر يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي ومالك واحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن لا يسار الغنى اي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ لان يسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب العتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لانه اسرع من الاستسعاء فكان باعتبار نصاب التيسير اسرع في تحقق مقصودهما فوجب وهذا في الحقيقة تعليل النص والا فصريح النص اوجب الضمان عند عجزه

وانما التخريج على اختيار الاعتاق لقيام ملكه في الباقي والاستسعاء تخريج على اختيار التضمين لان المعتق جان عليه باضافة نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى
الاعتاق وتقييد بهما لا يستسعى المالية جان من الاستسعاء لانه لم يتم سكت لانه لم يتم سكت لانه لا يستسعى فكان الملك المعتق ولانه ملكه بادار الضمان فصار كان
الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعى ان شاء لان المعتق الاجل لان المعتق كله من جهة حيث ملكه بادار الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء
اعتق لتمام ملكه وان شاء استسعى لما بينا واما الولاء في الوجهين كان المعتق من جهة ولا رجع المستسعى على المعتق بما ادى بل يرجع مكاتبه ويسعى لمكاتبه ويقضي دينا على المعتق
اذا لان عليه لسرعة بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن معسرا لانه يسعى في رقبته ترك ايتمنى بالاداء فلم يرجع عليه قوله ثم التخريج على قول ابي حنيفة وقال الشافعي
نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لا وجه الى تضمين الشريك لا ساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل لاضراره بالساكت فتعين
ما بيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يتعلق الجناية ملا متى حتى لا يملك المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

ملك قيمته الصحة لانه المراد بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه قوله ثم التخريج على قولهما اي تخريج
تفصيل المسئلة على قولهما فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد باتفاق لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار فلم يكن الضمان منقولا اليه كما وجب على
العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره واما جعلهما الولاء كله للمعتق للصحة فلان المعتق كله من جهته لعدم التجزي فكان اعتاق نصيبه اعتاق
كله ويسعى في حالة اعساره حرا مديونا واما التخريج على قول ابي حنيفة فاثباته خيار الاعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي باذا الاعتاق متجزء عنده فلا
يتعين الباقي لعتق المعتق نصيبه والتضمين باجراء وخيار التضمين للمعتق لان المعتق جان عليه باضافة نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك
من الوصية والصدقة والاجارة والاعارة والاهداء والاستخدام ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير والاستيلاد والكتابة وقوله والاستسعاء
باجراء عطفا على التضمين اي واثبات خيار الاستسعاء لما بينا من انه احتبس مالية نصيبه عنده وانما رجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه
ملكه بادار الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت والساكت ولاية الاستسعاء فكذا من قام مقامه صار كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فانه
يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين فكذا الغاصب ولانه بذلك يصير كعبد خاص به اعتق بعضه فله عتق الباقي
واستسعاؤه وقوله ضمنا جواب عن سؤال هو ان معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب
بان ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند ابي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت
قصدا عدمه ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان فاية ان بعضه بدل وهو لا يمنع الولاء
واما في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لما بينا من احتباس ملكه والولاء له اي للساكت اي مشتركا
بينه وبين المعتق في الوجهين اي في الاعتاق والاستسعاء فلا يرجع المستسعى على المعتق لبقي باجماع
بيننا خلافا لابن ابي ليلى فانه يرجع عنده على المعتق اذا اليسر وانما لا يرجع بالاتفاق اما على قوله فانه يسعى لفكاك رقبته و
اما على قولهما فلانه لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس هو بسعاية يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء على المعتق اذا كان معسرا بخلاف العبد
المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبته قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلذا يرجع على المعتق اذا اليسر ونظير الاولى ما
اذا اعتق امته على ان تزوجه فابت تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو اعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي
حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند زفر تجب عليه
قيمة الجارية بخلاف المريض اذا اعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض بالاكثر لنقص موقوف عنده وقول الشافعي
في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا قول الشافعي وجهه عنده انه لا وجه لتضمين الشريك
لاعسار ولا لاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه اضرار بالساكت فتعين ما بيناه قلنا نحن
انه يستسعى قوله غير جان الخ قلنا لا يفتقر الى الجناية بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطارد وقد
يتمسك له بما روي من الزيادة في قوله فقد عتق منه ما عتق ورق ما رق ويدفع بانها كما قال اهل الشان ضعيفة مكذوبة ولو ثبت
لزم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لامتناع انصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد

قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كان او معسرين عند ابي حنيفة وعتق وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا له اي في حكم المكاتب ويزعم انه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه ان شاء او يعتقه فان تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك او صادقا لانه مكاتبه ان كان صادقا ومملوكه ان كان كاذبا فلهذا يستسعيانه اما في الصدق فظاهر واما في الكذب فلتمكن الانسان من امر عبده ان يسعى ويأتيه باكسابه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه اي حق كل منهما في الحالين حال يسار الآخر واعساره في ايه شيئين السعاية او التضمين الا ان في اليسار حقه في احدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الاعسار حقه في احدهما عينا وهو السعاية وهذا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عند ابي حنيفة وقد تعذر التضمين لانكار الشريك الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد يشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الآخر انه اعتق لم يقبل للاحق الثاني فانهما شيئان لانفسهما حق التضمين او يشهدان لعبدهما وانما اثبتناه ما اثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بجرمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية وهو عبد عند ابي حنيفة حتى يودي لان المستسعى كالمكاتب واورد ان التضمين غير متعذر لانه لما انكر يحلف فان نكل جاز التضمين واجيب بانه لما كان اعتقاد كل ان صاحبه هو الذي اعتقه يحلف ولا يجب الضمان خلافا لابي يوسف في التحليف لان المال الى السعاية وهذا صريح في انه لا تحليف في المسئلة وح لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان او صادقا يجب ان يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله اي تعيين استسعائهما العبد الخ بعد ان يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو اوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد انه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بانك اعتقت نصيبك وهو يكذبه فان هذا ليس حكمها الا الاستسعاء اما لو ارادا واحدهما التضمين او ارادا نصيبهما تفاوت فترافعا او رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضي لو سألهما فاجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه

والحق انه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ما عتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر ان لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والمالك هو المطلق للتصرف والجواب ان اسنده حديث ابي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعى غير مشقوق عليه يوجب استسعاءه عند اعسار ولا اعتراض على الشارع مع ان وجهه ما قدمناه اعلم انه نقل عن بعض العلماء ان الطعن في صحة رواية الاستسعاء ان المراد بها على تقدير صحتها انه يستسعى ان اختار ذلك وان هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس بمشارك فانه يفيد تخيير المعتق كله كما قالا او عدم تقرره وهو الاولى واذا لم يقرر الضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا لبطل حقه مجانا جبرا بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بلا جناية ثابت كما في العبد المرهون اذا اعتقه سيده المعسر ولان الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم وله ولاية الايجاب والاعدام بنفاذ عتق ذلك القدر والا لتقرر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والاعسار واختاره المزني من اصحابه قوله (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كان او معسرين عند ابي حنيفة وعتق وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا له اي في حكم المكاتب ويزعم انه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه ان شاء او يعتقه فان تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك او صادقا لانه مكاتبه ان كان صادقا ومملوكه ان كان كاذبا فلهذا يستسعيانه اما في الصدق فظاهر واما في الكذب فلتمكن الانسان من امر عبده ان يسعى ويأتيه باكسابه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه اي حق كل منهما في الحالين حال يسار الآخر واعساره في ايه شيئين السعاية او التضمين الا ان في اليسار حقه في احدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الاعسار حقه في احدهما عينا وهو السعاية وهذا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عند ابي حنيفة وقد تعذر التضمين لانكار الشريك الاعتاق وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لانه فرد يشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الآخر انه اعتق لم يقبل للاحق الثاني فانهما شيئان لانفسهما حق التضمين او يشهدان لعبدهما وانما اثبتناه ما اثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بجرمة استرقاقه ضمنا لشهادته فتعين السعاية وهو عبد عند ابي حنيفة حتى يودي لان المستسعى كالمكاتب واورد ان التضمين غير متعذر لانه لما انكر يحلف فان نكل جاز التضمين واجيب بانه لما كان اعتقاد كل ان صاحبه هو الذي اعتقه يحلف ولا يجب الضمان خلافا لابي يوسف في التحليف لان المال الى السعاية وهذا صريح في انه لا تحليف في المسئلة وح لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان او صادقا يجب ان يحكم بصدق كل منهما وقال شارح هذا كله اي تعيين استسعائهما العبد الخ بعد ان يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لان كلا يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو اوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد انه فيما اذا لم يترافعا الى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بانك اعتقت نصيبك وهو يكذبه فان هذا ليس حكمها الا الاستسعاء اما لو اراد واحدهما التضمين او اراد نصيبهما تفاوت فترافعا او رفعهما ذو حسبة فيما لو استرقاه بعد قولهما فان القاضي لو سألهما فاجابا بالانكار فحلفا لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه

قال ابو يوسف ومحمد ان كانا موسرين لا سعاية عليه لان كل واحد منهما يدعي عتاقه بعد ثبوت الضمان على صاحبه لا يسار المعتق يمنع السعاية ثم ان الدعوى لم تثبت
لانكار الآخر والبراءة من السعاية قد ثبت بقراره على نفسه فلذا كانا معسرين سعى كل واحد منهما في السعاية عليه ما دام كان ذلك لانا بينا ان اذا العتق معسرا وان كان احدهما موسرا
والآخر معسرا سعى المعسر لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعسار والمدعي عليه السعاية لا يبرأ عنه ولا يسعى للموسر لانه يدعي الضمان على صاحبه لايسار فيكون مبرأ العبد من السعاية والولاء موقوفا
موقوفا فيما يرجع ذلك عنه لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار فعبدي حر وقال
الآخر ان دخل فعبدي حر فمضى الوقت ولم يدخل كل واحد الحق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول
القضاء على المجهول فصار كما اذا قال احدكما حر لان احد الفريقين مجهول فانه لا يقضي بسقوط الجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي
بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا قال لفلان وفلان عبدي حر لا يعين احدهما بعينه ضمه وما قبل التذكر والبيان ثم التوزيع يدعي ان الايسار هل يمنع السعاية لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق

حلف كاذبا واعتقاده ان العبد محرم استرقاقه لكل استسعاه ولو اعتق احدهما اعتقا معا او على التعاقب وجب ان لا يضمن كل للآخر ان
كانا موسرين ولا يستسعى العبد لانه عتق كله من جهتهما ولو اعتق احدهما وانكر الآخر فان المنكر يجب ان يحلف لان فيه فائدة
فانه ان نكل صار معترفا او باذلا صار اعترافين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا **قوله** وقال ابو يوسف ومحمد رح ان كانا موسرين
فلا سعاية عليه لواحد منهما لان كل واحد منهما يبرأ عن سعاية وانما يدعي الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية
عندهما الا ان الدعوى لم تثبت عليه لانكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لاقراره على نفسه بثبوت سببها حيث اعتق
بعتق الشريك مع يساره وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية صادقا كان او كاذبا لفرض ان المعتق معسر
قوله على ما بيناه اي من ان العبد مملوكه او مكاتبه الا ان عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون وان كان احدهما موسرا والآخر
معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعسار وانما يدعي السعاية عليه فلا يبرأ عنه ولا يسعى للمعسر لانه يدعي
الضمان على صاحبه لايسار فيكون مبرأ للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله اي يثبته
لصاحبه حيث ادعى انه هو الذي اعتق والعتق لا يتجزى اي لا يثبت به الا بالا يتجزى من زوال الرق وهو اي صاحبه
يبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما فلو لم يتفقا حتى مات وجب ان يأخذه بيت المال **قوله** ولو قال
احد الشريكين في عبد ان لم يدخل فلان يعني البيت الدار فذا فهو حر وقال الآخر كان اولهما عتاقا فهو حر فمضى العبد ولا يدري
ادخل ام لا عتق النصف ويسعى لهما في النصف الآخر بينهما وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف على تفصيل يقتضيه مذهب
ابي يوسف وهو انه انما يسعى في النصف لهما اذا كانا معسرين فلو كان احدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين
لا يسعى لاحد واليه اشار المصنف بعد هذا بقوله وبيانه في التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية اذ لا يمنعها على الاختلاف
الذي سبق فانما جمع بينه وبين قول ابي حنيفة في انه لا يجب الا النصف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لهما ان كانا معسرين وبنصفه للموسر ان كان احدهما معسرا
ولا يسعى في شيء ان كانا موسرين وهذه على وزان المسألة السابقة اعني اقرار كل منهما انه هو الذي اعتق وهناك اذا كان احدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى
الا للموسر وكذا هذا وهذا لان الذي يأخذ السعاية ابدا يكون هو الساكت والآخر معتق فاذا كان احدهما موسرا فانه يبرأ من تضمين المعسر
فيأخذ السعاية وعلى انزال المعسر هو الساكت فزعم ان لا سعاية له على العبد وانما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر لما شك في ان العتق من
جهته بمباشرته شرطه او من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول الى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين فان كلا يزعم ان حقه تضمين الآخر وهو ليس
غيره وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية **قوله** لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه
عتق العبد ولا يمكن القضاء على المجهول ولا التوزيع لانه يؤدي الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم
يعتق العبد من جهته واعطائه لغيره مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع
في المعين فلم ينافه التوزيع فصار كما اذا قال لغيره لك علي احد هذين الالفين فانه لا يقضي بشيء للجهالة فكذا الا يقضي بسقوط
شيء لذلك واذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل **قوله** ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين

[illegible]

ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به بوجوب الكل والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط ترتفع بالشيوع اى شيوع النصف الذى حق فى نصيب الشريكين وتوزيعه عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط والمولين فلا جهالة فى المقضى عليه وانما يلزم لو قضى على احدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم اولوية احدهما بتمامه وكون التعيين فى نفس الامر يمنع التوزيع منتف بما فى كتاب التحرير عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمعت فى ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتق من شئ كل واحدة فى تسعة اعشار قيمتها وصار كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان فى الاول وهو الثانى فان العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى فى قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعى فى انه يقرع بينهما فى قول وفى قول الوارث يقام مقامه فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة فى الثانى واسقاط جميع حق المستحق فى الاول واسقاط بعضه للضرورة اولى وقيل ان الجهالة فى المقضى عليه لا يمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما بدليل ان من طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر على يقين وان كان المقضى عليها منهن مجهولة لكن لما كان المقضى لها معلومة جاز القضاء كذا هنا المقضى له هنا معلوم وهو العبد هذا ولا يخفى ان من صورة المسئلة ان يتحقق اولا ثبوت الملك لكل الى آخر النهار **قوله** واذا حلف على عبدين الخ يريد ان الفرق بين المسابقة وهذه وهى ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد وبين هذه وهى ما اذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال احدهما ان دخل فلان غدا فعبدى حر وقال الآخر ان لم يدخل فلان فعبدى حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما ولا شئ منه فى قول الكل لان المقضى عليه يعتق عبده وهو احد المولين مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث احد المالكين لان كلا منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشترى فى العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد مولاه ينكر ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا فى ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان فان المقضى عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاولى هو معتق بوجود شرطها الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك فى مثل قوله ان لم تدخل فعبدى حر بخلاف ما اذا لم يكن دخل فانه يستعمل المضارع فى الدخول وعدمه فى الماضى لتحقق الدخول فيه وحقيقة شرطه ظهور انه لم يدخل فى الماضى وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابى يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق **قوله** واذا اشترى الرجلان ابن احدهما بعقد واحد بان خاطب البائع الاب والآخر معا بان قال اشتريا هذا العبد هكذا فقبلا عتق نصيب الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيئا ولو كان موسرا سواء علم الشريك انه ابن الآخر او لم يعلم ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريك ابيه ان شاء وان شاء اعتقه

وعلى هذا اذا اشتريه رجلان واحد هما حلف بعتقه ان اشترى نصفه لها انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء قريب اعتاق وصار كما لا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه ولانه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان الشراء القريب اعتاق حتى يخرج به من عهدة الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قوله حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضاء ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه

هذا عند ابي حنيفة واجمعوا انه لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح لعدم التضمين مع امكان الضمان ولفظ الحديث اعني قوله عليه السلام من اعتق شركا له الخ يفيد كون العتق اختياريا وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته موسرا وان كان معسرا سعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة معا او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف ايضا اذا اشتراه رجلان احدهما يعتق نصفه ان اشترى اما لو حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراء كله لهما انه اي الاب ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق الاختياري لتربته على الشراء وهو اختياري وشراء القريب اعتاق وصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه ولهما ان شرط التضمين مع العتق الاختياري ان لا يكون برضا من له حق التضمين ولهما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا اذن له بالاعتاق صريحا وعلم مما ذكر ان المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه يثبت اختيار الشراء انه يخرج به من عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا بخلاف ما لو قال احد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه فعتق نصيبه فان له ان يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضا بالعتق لان وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الايجاب في البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره فهو مباشر علة العتق ولو قيل سلمنا انه ليس بعلة اليس انه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا قلنا لا شك ان له تاديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلتزمه بالزامه اياه فحلفه عليه ان لا يضربه ظلم منه فلا يصح ان يقال ان لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي انه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب خلافه واما ما اورد في منع ان مباشرة العقد رضا لانه ضرر والعاقل لا يرضى به ولان وضعه لاثبات ملك لا لزواله فمدفوع بالضرورة لان من علم ان عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بانه رضا منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل في ذلك اغراض صحيحة دينا ودنيا من استفادة المدح والولاء وقد يكون قيمته اكثر من الثمن واخروية من الاجر لا يقال رضاه الاب بالشراء رضا بالاعتاق والرضا بالاعتاق رضا بالضمان وابو حنيفة رح يثبته اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه لانا نقول كونه رضى بالضمان لا يوجب امكان تضمين الآخر له الا اذا لم يكن رضي باعتاقه كما ذكرنا واما ايراده على قولهما هكذا الاعتاق لا يتجزى على قولهما فاعتاق البعض اعتاق الكل ولا يمكن اعتاق الكل الا بتملك نصيب الآخر ولا يملك الا بالضمان والجواب انه تملك ضمين فلا توجه له هنا قوله وهذا ضمان افساد جواب عما يقال كونه رضى باعتاق شريكه لا يوجب اسقاط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وضبطه ان الضمان في العتق ضمانان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد احد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانها له ومن حكم ضمان التملك ايضا انه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لان وضع الاستيلاد وطلب الولد وهو يستدعي التملك فاثبتناه وضمان الاتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ما يملكه لله سبحانه حتى يثاب عليه ثم يفيد به نصيب الشريك فصح ان يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم

[illegible]

في هذا الافساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا اثم به اما وضع العتق فليس مقتضاه لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان الاتلاف ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك لا بنيته وعدمها وروى عن ابي يوسف رحمه الله ضمان تمليك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين كون الشريك عالما بالا بنية فلا يضمن الاب او غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لان المسقط لحقه في التضمين مباشرة السبب اسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا اطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم انه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر به حاله فانه ليس له ان يضمن الآكل اذا علم مستقيم القياس وانما قلنا على خلاف القياس لان القياس ان لا يختلف ضمان الاتلاف باليسار والاعسار الا يرى ان من اتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فان قلت قد اسلفت ان القياس ليس الا الاستسعاء لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا ان القياس هو التضمين للاتلاف قلنا قد سلكت خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك ان كون القياس الاستسعاء هو اقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه وكل منهما غير صحيح في نفس الامر لفرض ورود النص على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعاء دائما والتضمين دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص او خفي عليه والقياس الصحيح هذا هو على من شرع في صوم التطوع او صلاته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم يقدر لم يجب ووجب له اجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه **قوله** وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضي بافساد نصيبه لان دلالة ذلك ما كان الا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا انه يضمنه فان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة وحده بناء على ما تقدم من ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له اي للاجنبي بل يتعين التضمين على ما مر من ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما **قوله** ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة للبائع وقالا ان كان موسرا ضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه وهو انه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه والرضا بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر ان البيع ممن يعتق عليه رضا بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو ان الرضى يمنع **قوله** واذا كان العبد بين ثلاثة تفرد به احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فاراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر الضمان وهما المراد بقوله فاراد الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له ان يضمن المعتق شيئا واذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد انشاء على وزان ما تقدم فيما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر حصة فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند ابي حنيفة وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن اعني ثلثه قنا وهذا كله عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا الخلاف ان التدبير تجزي عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب العتق اذ هو عتق مضاف فيكون معتبرا به ولما كان التدبير تجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين حيث امتنع على كل منهما البيع وفي معناه من الهبة والوصية

وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا

والصدقة والاهدار وثبت لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار غيره فتوجه للساكت وهو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر سببا ضمان احدهما تدبير المدبر الذي افسد عليه ما افسد والآخر عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى الحرية بالسعاية فيضمن غير ان الساكت لا تضمين المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في الضمان لان يعتدل جانبا الضمان والمضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة ان يملك معطيه وهو الضمان ما دفع بدله فحيث امكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعي من حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل الضمان فيما هو حد وان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه اولى وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما في قاضيخان لو غصب عبدا فابق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب ان يبيع العبد مراجحة على القيمة التي اداها والمراجحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكتسابا ثم ابق ولم يرجع حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان وما يدل على ذلك صحة اقرار المأذون بالغصب في الحال مع ان اقراره بالاتلافات موجب الى ما بعد العتق وانما وجب ان لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب هنا لانه ممكن لكونه اي نصيب الساكت قابلا للنقل من ملك الى ملك في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة لانه اي العبد عند ذلك مدبر وفي بعض النسخ حر او مكاتب على اختلاف الاصلين ولا بد من رضى المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك وكذا المستسعى عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم ان لا يكون ضمان معاوضة اذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا يضمن الساكت المدبر ليس غير ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما افسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا لشريكين فاعتقه احدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يملكه بالضمان قوله قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرون دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهي قيمته المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة قوله على ما قالوا طريقته في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل تقوم خدمته مدة عمره حذرا فيما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية بدل والبدل وانما زال الاخير فقط والبدل مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا ان الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فاتت المنفعة

ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهذا ثابت من وجه دون وجه للاظهر
في حق التضمين والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار

المذكور كم تبلغ قيمته فما ذكر فهو قيمته وهذا حسن عندي واما قيمة ام الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء
قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الخلاف كما تقدم والوجه ان يقال مدة عمر احدهما سواء ومن مولاها
وقيل يسأل اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يرق البقية الرقية **قوله**
ولا يضمنه اي لا يضمن المدبر المعتق قيمته بالملك بالضمان من جهة الساكت وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته
ثلثا قنا وثلثا مدبرا لان ملكه فيه اي في ثلثه قنا ثبت مستندا الى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهذا بالنظر الى حال
اداء الضمان دون وجه وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير فلا يظهر في حق التضمين بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق
واستشكل بما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا اجيب بانه لما
انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق اما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا
ليس للقائم مقامه وهو المدبر ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه ولا يخفى ان هذا لا يدفع الوارد على
قوله ان الملك المستند لا ينتقض سببا للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت
الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه ان يقال من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قائم مقامه وليس له ان يضمن
المعتق وذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه بخلاف ثلث نفسه اعني ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام احد ويمكن ان يدفع ورود اصل
السؤال بان الكلام في ان الملك المستند لا ينقض سببا لضمان مفسد كالمعتق المفسد باعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على
العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا شيئا قبل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت ان يضمنه
فكذا من صار الملك له وقام مقامه واعلم انه لو لم يعتق المعتق الا بعد اداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من
ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لان الاعتاق وجد بعد التملك المدبر نصيب الساكت فانه تضمين كل ثلث بصفته كذا عللوا الوجه
على هذا ان يقال في اصل التعليل ليس له ان يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وان يدفع الوارد ايضا
لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود السؤال بعتق
احد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم ورود هذا واورد الطلبة على هذا انه ينبغي ان يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت
بالضمان صار مدبرا لا قنا ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لانه صار كانه دبر ثلثيه ابتداء والجواب لا يتم الا بمنع كون الثلث الذي
ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا لان ظهور الملك الآن لا يوجبه والتدبير تنجيزي
وذكر هم اياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج اليه اذ يكفي فيه انه على ملكه حين اعتق الآخر واداء الضمان وانما لم يكن ولاؤه له
لما ذكرنا من انه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار
فان احدهما ثلثه كان نصيبه بالاصالة والآخر تملكه باداء الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف المعتق فانه وان كان
له ثلث اعتقه وثلث اداء ضمانه للمدبر ليس له الا ثلث الولاء لان ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان افساد ولما ذكرنا من ان

التضمين بان

وإذا لم يكن التدبير متجزئا فاستسعى العبد بردت النصف نصيب شريكه لما بينا فيضمنه ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر إذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة رح وقالا إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها

المدبر غير قابل للنقل من عتقه كان مدبرا ولو كان أمسكت اختار سعاية العبد قالوا لا بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلث وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدبر أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضي خان وهو غلط لأن المعتق المتجزئ يوجب إخراجه إلى الحرية تنجيزا حدا لأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى مع استخدام المدبر إياه من حين وجوده كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر أمسكت فإنه لا يتأخر حريته وباقيه إلى موته كما قدمنا أول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر وقبله أو كان مكاتبا لشريكين فدبره أحدهما تقييد في نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا عن غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة لأن نصيب الآخر على حاله عنده وأما في الزيادات مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تتجزى عنده وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيخرج بين تضمين المعتق إذا كان موسرا أو استسعاء العبد مختارا وجبرا بإجارته فهو تحقيق ما قلنا من أنه لا ينتهي قيد الرق إلا إلى أن يؤدي السعاية والله أعلم **قوله** وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما إلى آخره يعني أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبي حنيفة فأما على قولهما فإذا لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا لشريك المدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضمن ثلثي قيمة الشريك ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك لأنه أمكن على ما ذكرنا فأشبه الاستيلاد إلا أن ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه على حاله موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه والولاء كله على قولهما للمدبر وهو ظاهر لأن العتق كله من جهته واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا يتأتى في ضمان التملك لأنهما حيث قالا إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى لو كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب أمسكت البدل لا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وح يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس **قوله** وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما إلى أن لا تخدم أحدا ويوما تخدم المنكر ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له ويستسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة كذا ذكره الفقيه أبو الليث ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه فإنه لم يتمكن من نصيبه إن كان موسرا وهو منكر لكنه نصيبه الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسرا فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو غائب عنه لا مكان ولا بينة وقال محمد رح إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وضمنه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف ولا ينبغي مثلا أن يفعل إلا أن يفرق بالبيان فيقال في قوله الأول مثلا

فالمعنى لما لم يعتق بسلامة القلب اقرار المقر عليه لانه استولدها فصار كما اذا اقر المشتري على البائع انه اعتق البيع قبل البيع يجعل كانه اعتق
كذا هذا يعتبر الحرمة ونصيب المنكر جعل ملكه في الحكم فيخرج الى الاستثناء بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت لابي حنيفة وان المقر لو صدقه
ثبت الحرمة كما المنكر ولكنه كان له نصف الخدمة فيثبت ملك المتيقن به وهو النصف والاحرمة للشريك الشاعر ولا استسعاء لانه يتبرع
من جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وهذا لازم ولا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر
كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما اعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها لان ما ليتقوم الولد
غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى

والا اوهم ان نصيبه الآن ليس هو فالملاء واختلف المشائخ في ان خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وابي يوسف الاول
الاول والصواب ان لا خدمة له عليها بل يجب اقرار المقر صار حق المنكر في سعايتها وتخرج بها الى الحرية
وفي الخلاف في باب محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر هو اللائق
بقول ابي حنيفة ويبنى على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس واما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب
فتاخذ الجناية عليها اي تاخذ جنايتها ممن جني عليها فتستعين بها وعلى قول ابي حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق احدهما صاحبه
قوله لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كانه هو استولدها كما لو اقر المشتري على البائع انه اعتق البيع قبل البيع يجعل كانه
هو الذي اعتق حتى لو اشتراه عتق عليه فاذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فانه لا يكون للاخر
الاستخدام والمقر ايضا امتنع عليه الاستخدام لانه يدعي الملك على المنكر واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال ان نصيبه على ملكه في الحكم
ثبت له حق استسعائها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندهما ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لاحد عليها فان المنكر
اخذ حصته والمقر يرد ما منه ويدعي ان حقه في تضمين المنكر لدعوى الاستيلاد فصارت كام ولد النصراني اذا اسلمت لما امتنع من اسلامها
مقاصد الملك عليه ولم يكن اخراجها عن ملكه محاذاة للاضرار به وجب ان يعتق بالسعاية **قوله** ولابي حنيفة رح وعلمت ان ابا يوسف معه
ان استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين لان المقر اما صادق فيكون جميع خدمتها له لانها ام ولده وهو مستحق خدمتها او كاذب
فله نصفها والاخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن واما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لانه يبرؤها عن جميع ذلك
بدعوى الاستيلاد والضمان على شريكه وهو لف ونشر مرتب وقولهما انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بامومية الولد اقرار بالنسب وهو
امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما نعم يوجب ذلك ان يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا
بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا لاقتصاره على نفسه لا امر الانقلاب وحاصله
منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه **قوله** وان كانت ام ولد بينهما بان ادعى كل منهما انها ام ولده فاعتقها احدهما وهو موسر
فلا ضمان عليه الآخر عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها وان كان معسرا سعت للساكت فيه واصل الخلاف في تقوم ام الولد
عنده غير متقومة وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير ابي حنيفة وعلى هذا الاصل يتبنى عدة من المسائل ذكرها المصنف
في كفاية المنتهى احدانها هذه والثانية ام الولد اذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن
من قيمة شيئا لشريكه عندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الولد في النصف يعني اذا
بلغ حدا يستسعى فيه ومنها ام الولد المشتركة بين اثنين اذا مات احدهما لا تسعى عندهما ومنها لو غصب ام الولد فماتت في يده
لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر لو وضعها في مسبعة فافترسها
سبع يضمن عنده لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو باعها وسلمها فماتت
في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها امة حبلى بيعت فولدت لاقل من ستة اشهر من وقت البيع ثم

وجہ قولہما انہا تنتفع بہا وطیا واجارۃ واستخداما وہذا یدل علی دلالۃ التقوم وبامتناع بیعہا لا یسقط تقومہا کما فی المدبر الا ان ام الولد لما ثبت فیہا السعایۃ
وہذا یدل التقوم من وجہ ثم ہی تتقوم بالاحراز علی ما نذکر والفوات منفعۃ البیع والسعایۃ بعد الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعۃ البیع اما السعایۃ فلا تفوت فانہا
ولکن ہی منفعۃ ان التقوم بالاحراز یثبت فی الحال لا التقوم والاحراز للتقوم تابع ولہذا لا تسعی لغریمہ ولا لوارثہ بخلاف المدبر لان السبب فیہما متحقق فی الحال دون
الثانیۃ الثانیۃ بواسطۃ الولد علی ما نبین وجہۃ المساواۃ الا انہ یظہر اثرہ فی حق الملک ضرورۃ الانتفاع فعمل السبب اسقاط التقوم فی المدبر یتعقب السبب
سبب الموت اما البیع فیتحقق متقوما فانہ تاقوم ام الولد فتصیر بکتابتہا علیہ دفعا للضرر من الجانبین وبدل الکتابۃ لا یتقرر وجوبہ الی التقوم

ماتت الام عند المشتری فادعی الباعۃ الولد صح وعلیہ ان یرد جمیع الثمن عندہ وعندہما یحبس بالخصہا من الثمن **قولہ** وجہ قولہما وہو
قول الجمہور انہا تنتفع بہا وطیا واجارۃ واستخداما ولذا یملک کسبہا ولو قال کل مملوک لی حر عتق وہذا ہو دلالۃ التقوم والفائت لیس
الا امکان البیع وہو لا ینفی التقوم کما فی المدبر والآبق وامتناع سعایۃ الغریم والمولی او ورثتہ اذا لم یکن لہ مال سواہا مثلا لانہا مصروفۃ الی
حاجتہ کیلا یضیع لسببہ ومأوہ وہذا مانع یخصہا لا یوجد فی المدبر فلذا افترقا فی السعایۃ ولمدہما وہذا ای الانتفاع المطلق شرعا علی
ہذا الوجہ دلالۃ التقوم لان ہذہ الافعال لا تکون الا بملک الیمین فیہا لعدم عقد النکاح والاجارۃ ولا زیادۃ بعد ہذا الا بثبوت حق الحریۃ
ولا تنافی بین حق الحریۃ والتقوم الا یری ان ام الولد النصرانی اذا اسلمت سعت لہ وہذا آیۃ التقوم فی ام الولد مطلقا لانہ لا قائل
بالفصل بین ام ولد المسلم وام ولد النصرانی فاذا ثبت التقوم فی احدہما ثبت فی الاخری وکذا ولد المغرور اذا کانت امہ ام ولد فان المغرور یضمن
قیمۃ ولدہ منہا عندنا وحاصلہ دلیلان الاول قیاس علی المدبر والثانی اجماع مرکب وایضا ثبتت مالیتہا فلا یخرج عنہا الا بمقتضی حق الحریۃ
الطارئ باستیلاد لیس بمقتضی لذلک لثبوتہ مع انتفاء ذلک فی المدبر فان فیہ حق الحریۃ مع انتفاء عدم المالیۃ والتقوم لثبوتہا فیہ
قولہ غیر ان قیمتہا ثلث قیمتہا قنۃ علی ما قالوا لفوات منفعتین منفعۃ البیع والسعایۃ بعد الموت والباقی منفعۃ من ثلث فحصتہا من ثلث القیمۃ بخلاف المدبر
فان الفائت منفعۃ البیع فقط لانہ یسعی بعد الموت اذا لم یخرج من الثلث بعد قضاء الدین ولیستخدم فکانت قیمتہ ثلثی قیمۃ قنۃ وقولہ
علی ما قالوا یفید الخلاف فقد کتناہ فی الکلام علی قیمۃ المدبر **قولہ** لابی حنیفۃ رح الحاصل اما ما ذکر من اللوازم انما ہی لوازم
الملک بعضہا اعم منہ یثبت مع غیرہ کالوطی والاستخدام والاجارۃ فان الوطی یثبت ولا ملک لہ فی المنکوحۃ والاستخدام
والاجارۃ یثبت بالاجارۃ واللازم الخاص ہو ملک الکسب ولا کلام فی ملک الرقبۃ انما الکلام فی التقوم والمدبریۃ
والتقوم یثبت بالاحراز علی قصد التمول حتی لا یکون العبد قبل الاحراز مالا متقوما لا بالملک وان ثبت معہ والاولی
وان صار مالا بعد ان لم یکن فی الاصل مالا لانہ خلق لان یکون مالکا للمال ولکن ذلک اذا احرز للتمول وام الولد اذا احرزہا واستولدہا
کان احرازہ لہا للنسب لا للتمول وان کان اول تملکہا کان للتمول لکن عند ما استولدہا تحول صفتہا عن المالیۃ الی ملک مجرد عنہ
فصارت محرزۃ لما ذکرناہ وہذہ المقدمۃ تقبل المنع عن انتفاء صفۃ المالیۃ والتقوم بالاحراز للنسب بان یقال لا نسلم الملازمۃ بین
الاحراز للنسب وانتفاء التقوم وجوابہ انہ وان لم ینافہ لکنہ تابع فصار الاحراز فی حق التقوم کالمنتفی ویدل علی ذلک ثبوت لوازم الانتفاء
شرعا وہو عدم سعایتہا لغریم او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال لہ سواہا وعلیہ دیون فان ما کان مالا متقوما فی حیاتہ یتعلق
بہ حق ورثتہ وغرمائہ ولو فی بعض الصور کالمدبر اما لم یخرج من الثلث او خرج والترکۃ مستغرقۃ تعلق بہ یظہر انہ معتبر حالۃ الحیوۃ
مالا غیر انہ موصی بہ واذا لم یکن اعتبار صحۃ الوصیۃ فیہ لما ذکرنا بطلت فسعی فی قیمتہ فظہر الفرق بین المدبر القیس علیہ وام الولد وحین
ثبت التقوم فی المدبر ورد علیہ لو کان متقوما لجاز بیعہ فاجاب عنہ بان عدم جواز بیعہ لتحقق مقصود المدبر من نیلہ ثواب عتقہ بعد موتہ
والجواب عن الزام التقوم بام ولد النصرانی بمنع تقومہا والزام السعایۃ فیہا لیس لذلک بل الفروق اذ لا یمکن بقاؤہا مسلمۃ مملوکۃ لہ ولا
اخراجہا عن ملکہ مجانا وہو ملک صحیح فانزلت مکاتبۃ علیہ علی قیمتہا ونقول لا یقصر بدل الکتابۃ الی التقوم فی حصلہ لانہ بمقابلۃ لیس

باب عتق احد العبدین

ومن کان لہ ثلثۃ اعبد دخل علیہ اثنان فقال احدکما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال احدکما حر ثم مات ولا یعلم عتق ایہما الذی اعنی علیہ القول ثلثۃ ارباع نصف کل واحد من الآخرین
عند ابی حنیفۃ رح وابی یوسف وقال محمد رح کذلک لان العبد الآخر فانہ یعتق ربعہ لما الخارج فلان الایجاب الاول دائر بینہ وبین الثابت وہو الذی اعنی علیہ القول فاوجب عتق رقبتہ
بینہما لاستوائہما فیصیب کلا منہما النصف غیر ان الثابت استفاد بالایجاب الثانی ربعا آخر کان الثانی دائرا بینہ وبین الداخل فیتنصف بینہما غیر ان الثابت استحق نصف الحریۃ
بالایجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثانی فی نصفیہ فما اصاب المستحق بالاول افاد ما اصاب الفارغ بقی فیکون لہ الربع فتمت لہ ثلثۃ ارباع وکانہ لو اراد ہو بالثانی
یعتق نصفہ الذی یلیہ الداخل لا یعتق ہو الا النصف فینتصف فیعتق منہ الربع بالثانی والنصف بالاول وللداخل فہو یقول لما دار الایجاب الثانی بینہ وبین الثابت وقد اصاب الثابت منہ الربع فکذلک یصیب الداخل

بمتقوم وہو ذلک الجزء ولو سلم فالامور الضروریۃ لا یقاس علیہا ما لیس فی محلہا من ملک الضرورۃ او نقول ہو یعتقد المالیۃ فیہا
وجواز بیعہا والحکم المتعلق بہم یبتنی علی اعتقادہم کما فی مالیۃ الخمر او ان ملکہ لما احتبس عندہا المعنی من جہتنا
کان مضمونا علیہا وان لم یکن متقوما کالقصاص اذا احتبس نصیب احد الشریکین عند القاتل بعفو الآخر یلزمہ بدلہ وبہذا تم الوجہ
لابی حنیفۃ رح واما قولہ فی الکتاب وہذا لان السبب فیہا ای فی ام الولد متحقق فی الحال وہی الجزئیۃ الثابتۃ بواسطۃ الولد فیتقرر
متوقف علیہ الاثبات اذ قد ثبت بمشروعیۃ ما ذکرنا عدم تقومہا وانما ہو بیان حکمۃ شرعیۃ عدم تقومہا یعنی ان حکمۃ اسقاط
الشرع تقومہا ثبوت الحریۃ بینہا وبین مولاہا الحر الی آخر ما ذکر فی المصابرۃ کما اشار الیہ عمر رض حیث قال کیف تستبعدون
وقد اختلطت لحومہن بلحومکم ودماؤہن بدمائکم فلثبوت ذلک ثبت عدم المالیۃ والتقوم وکان مقتضاہ ان یتخیر حتیہا لکن انعقد الاجماع
علی عدمہ فبقی فیما سواہ وہو عدم التقوم لعدم الاجماع علیہ وکذا یدل علی عدم التقوم قولہ علیہ السلام اعتقہا ولدہا بہذا الطریق
وہو انہ یدل علی تحریر العتق لکن الاجماع علی ان المراد اثبت لہا الولد حق الحریۃ فبقی فیما سوی حقیقۃ العتق معمولا بہ ومنہ سقوط التقوم
فان قیل فالتدبیر ایضا کذلک ای سبب فی الحال للعتق لما ذکرتم بابہ فیجب ان یعتق تقوم المدبر علی ذریان انتفائہ بسبب الاموتیۃ فالجواب
ان ثبوت سببیۃ التدبیر فی الحال علی خلاف القیاس فی سائر التعلیقات لضرورۃ ہی ان تاخیرہ کثیرۃ من التعلیقات یوجب بطلانہ
لان بالموت زمان زوال اہلیۃ التصرف فلا یتاخر سببیۃ کلامہ الیہ فیتقدر بقدر الضرورۃ فیظہر اثرہ فی حرمۃ البیع خاصۃ لا فی
سقوط التقوم بل یبقی فی حق سقوط التقوم علی الاصل یعنی فیتاخر سببیۃ لسقوط التقوم الی ما بعد الموت وعلی ہذا یحمل قول المصنف فی المدبر
ینعقد السبب بعد الموت ویندفع عنہ الزام التناقض وذلک ان کلامہ فی سقوط التقوم لام الولد فحاصل کلامہ ان سبب سقوط التقوم
فی ام الولد ثابت فی الحال وسبب سقوطہ فی المدبر متاخر الی ما بعد الموت کما بینا

فالجواب

باب عتق احد العبدین ہذا ایضا من عتق البعض غیر ان الاول فی بعض الواحد وہذا الکلام فی بعض المتعدد
فنزل الاول من ہذا منزلۃ الجزء وہو مقدم علی الکل لان الاول فی عتق بعض ما ہو بعض لہذا ہو الواحد **قولہ** ومن کان لہ ثلثۃ
اعبد دخل علیہ اثنان فقال احدکما حر ثم خرج واحد منہما ودخل آخر وہو الباقی من الاعبد الثلثۃ فقال المولی احدکما حر فالمسئلۃ علی ثلثۃ اوجہ احدہا
ان یبین العتق قبل الموت والثانی ان یموت المولی قبل بیانہ وہی مسئلۃ الکتاب والثالث ان یموت العبد قبل البیان او حکم ہذا القول
فاذا وقع الآخر منہ ان یموت المولی بالبیان وللعبید فخاصمتہ فی ذلک فاذا بین العتق فی الثابت وہو العبد الذی لم یخرج الکلام الاول عتق
وبطل الکلام الثانی لانہ جمع بین حر وعبد وقال احدکما حر انشاء فی المبہم الدائر بینہما ولا یمکن ذلک الا اذا کان کل منہما محلا لحکمہ والحر
لیس کذلک فبطل انشائیتہ وصار خبرا بان احدہما حر وہو الثالث فلا یفید فی الخارج عتقا فان قیل البیان لہ حکم الانشاء لانہ فی
المعین والعتق المبہم لا ینزل فی المعین فصار بیانہ فی الثابت کانہ انشاء لان العتق فیہ بعد ما اعتق الاحد الدائر بینہ وبین الخارج بالکلام
الثانی ولو تحرر عتق الثابت بعتق مستقبل عتق الخارج فکذا یعتق بالبیان اجیب بان البیان انشاء من وجہ لا من کل وجہ بل من حیث
ان وقوع العتق بالاول فی المعین لا یکون بالعتق الاول فقط لانہ عتق المبہم وہو غیر المعین یکون انشاء من حیث ان الموت

وهما يقولان اذا دار بينهما وقضيته التنصيف وانما تزل الى الرابع في حق الثابت لاستحقاقه النصف

يجبر على البيان اذا خاصمه العبدان ولا يجبر على انشاء العتق يكون اظهارا فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال فيه مر بيان الكلام الثاني يعمل بيانه وان بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق وبه مر بيان الاول فانما بينه من الخارج والثابت عمل وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول وبه يعمل لان حال وجوده كان رقيقين وان لم يبين الموالي شيئا حتى مات احد العبيد فالموت بيان ايضا فان مات الخارج تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول والخارج بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثاني لان الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل امر ببيان الاول فان عنى به في الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عنى به الثابت بطل الايجاب الثاني لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان ففي مسئلة الكتاب فاتفقوا فيها على عتق نصف كل خارج وثلثة ارباع الثابت فاختلف في الداخل ومذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف وثلثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولهما بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم الا اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري ورد بعض الطلبة منع ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق عنه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن ان يقول يعتق جميع كل واحد عند جمالها يسعى في ذلك القدر فيتجه الحاصل على قولهما وقول ابي حنيفة غير انهم يسعون وهم عبيد وعندهما يسعون وهم احرار والحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع واحد مجانا لا ان يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة اصلهما ورد على ذلك الطالب انه عتق الكل عن كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم ان يكون موجب قول المولى احدهما حر اعتاق الاثنين وهو باطل بل احدهما لا يودي معنى كلامه وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة شائعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي اقتضت تجزيه وحين لزم التوزيع فموجب عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله اعتقت نصفك فكما يقع العتاق النصف انتقاء للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل انه لا موجب اصلا لخروجهما عن اصلهما وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا يوجب موافقته في التجزي ووجه الاتفاق فيه ما ذكره المص بقوله اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف ولا مرجح غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما لكن نصفه الثابت شائع في نصفيه فما اصاب منه العتق بالاول لغا وما اصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فيتم له عتق ثلاثة ارباعه ولانه لو اريد الثابت بالثاني يعتق نصفه الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق منه شيء فيعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف له فيعتق ربعه وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة ارباعه وجه المذكور لمحمد في الداخل ان الايجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت من الربع فكذلك نصيب الداخل **قوله** وهما يقولان حاصله ان

بالاصابة الاول كما ذكرناه لاستحقاق الداخل من قبل فيتقاسمه النصف

ان اصابة الرابع عندهما ليس قضية الكلام بل قضية عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائعا معتوق فما اصاب منه هذا النصف يعني
ما اصاب القن عتق فلذا ربعه بهذا المعنى ينتصف في النصف الذي اصاب الداخل وقد علمت آنفا ان محمدا لم يوافق على
هذا التوجيه هذا وتقدم له ايضا ان الايجاب الثاني صحيح في حال وهو ان يريد بالكلام
الاول الخارج غيره صحيح في حال اخرى وهو ان يريد به الثابت لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت
به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء اصلا فالنصف الثابت به فاصاب
كل ربعه فلذا عتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل اربعه واذا عرفت هذا ظهر ان الذكر
في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلثة ارباع الثابت على قول محمد ليس لذلك
الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين واعلم ان قوله لم يرد
الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل ان يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالعتق
المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه وللشافعي في اصل المسئلة قولان
في قوله يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند احمد رح يقرع بينهم وكذا اذا قال
لعبيده احدكم حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ لنا في
تاصيل اعتبار الاحوال ما روي انه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم اصحاب النبي
صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل وليس هذا الا لاعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه سببا فيكون اسلاما فيجب
كمال العقل وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فيقضى بالنصف
ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم فجزاهم ثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة رواه مسلم واخرجه الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقولوا
لانقطاعه باطنا وقد علمت ان ما صح سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة الثابتة
بخلافه قالوا فهذا يخالف نص القرآن بتحريم الميتة فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك والاستحقاق بالخطر والقرعة من هذا
القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا لان ظهر كذا واما مخالفة العادة بخلافه فانها قاضية بنفي ان واحدا يملك ستة اعبد
ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا اسخاص ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شيء قليل ولا كثير وما قيل انه قد يتفق للعرب ذلك لياخذ
غلتهم او يكون وقع له ذلك في غنيمة ان كان مع الفرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل او كثير من كل نوع فهو ايضا مما يقتضي العادة
بنفيه لانه اندر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في المنفرد بزيادة من
بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه وصار رده من جنس جنس الواحد فيما يعم به البلوى
واما ما يحتمل انها واقعة حال قلا تعم فليس بشيء لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ان يكون

قال فان كان الثلث منه فالوصية تقسم الثلث على مائة وخمسة وثلاثين سهما لعتق وهو سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة مخالفة الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة اسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة وعتق من الثابت وصية وثلثا وثلث الاباء بعض سهام الورثة ضعف الثلث الى اربعة وعشرين فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ربعة ويعتق من الآخرين من كل واحد منهما سهمان ربع فتصير ثلثة ثلث سبعة السهام الحادية والثلثين ومن جميع الجميع كل رقبة ستة عتق من الداخل عنده سهم وتصير سهام العتق سبعة وسهام الجميع الى ثمانية وخمسين والخروج مسائل

وتعرف احكمه به والا فمثله يلزم فيما استدل للتم به لاعتبار الاحوال من قصة الخصمين بلا فرق وكذا الخود من اوجه ضعيفة وحقيقته الوجه ليس الا دلالة العادة والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران ولذلك اجمع على عدم الاستدراع عند تعارض البينتين ليعمل باحدهما وعلى حدها عند تعارض الخبرين ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها بشرعها لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغائن كما فعل عليه السلام في السفر لنسائه فانه لما كان سفره بكل من شاء منهن جائزا لو بدا يتنازع الضعائن الى من يخصها من بينهن فكان الاقتراع لتطييب قلوبهن وكذا اقتراع القاضي في الانصباء المستحقة والبداية بتحليف احد المتحالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل انها انما تستعمل في المواضع التي تجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه اسهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان كذلك والا فهو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله اعلم واما ان يتعرف بها الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فاولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية لان العتق اذا كان شائعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فاذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه بخلافه اذا وزع فانه ينال كل شيء واما اذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشرة جوار اذا اعتق احدهم جارية ثم لم تدر فصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرة واحد وتسعى في تسعة اعشار قيمتها اصابة المستحق بعض حقه يقينا مع القرعة جاز ان يفوتها كل حقها **قوله** فان كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة وقسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المص وشرح ذلك ان يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما اي قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فستة وذلك لانا نجعل كل رقبة على اربعة وانما نجعل كل رقبة كذلك لحاجتنا الى ثلثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة من اربعة ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد من كون جميع سهام الورثة ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهي سهامهم فيبلغ كل المال احدا وعشرين وكل المال هو الاعبد الثلثة فيكون كل منهم وهو ثلث المال سبعة اسهم بالضرورة فيعتق من الثابت ثلثة من سبعة ويسعى في اربعة ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلثة ارباع الثابت الى ثلثة اسباعه وذلك اقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك اقل من ثلثه بثلث سبع واما على قول محمد فانما تضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدسا وعلى هذا يكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها اثنتا عشرة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيعتق كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلثة فكان المعتق من يستحق ثلثة الارباع على قوله نصف وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثة ويسعى في اربعة وعلى قولهما يعتق ثلاثة الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف **قوله** ولو كان هذا في الطلاق يعني قال لزوجتين له احداكما طالق فخرجت احداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احداكما طالق ومن غير دخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ووجب لها ثلثة ارباعه ومن مهر الثانية ثلثه ووجب لها خمسة اثمانه ومن مهر الداخلة

السهام

ثم ذكر في الطلاق وفي عتقه من حوادث زمانه لزوجه قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ومن مهر الداخلة خمسه قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الفرق وتمام تفريعاته في الزيادات

ثمنه ويجب لها سبعة اثمانه فالزوج مخير على المناقضة فان سقط ربع مهر الخارجة لوقوع الطلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهرها ليس احدهما اولى بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثاني موجب في حال وهي ان تزاد الخارجة دون حال وهي ان تزاد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه لاحدة لانه قبل الاخرى فتنصف وثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة ومثله ثمن مهر الثابتة فيضم الى ما سقط مع الاولى فيتم لها ثلاثة اثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لان الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المص في جوابه قيل هذا اي المذكور في الطلاق قول محمد وحده اما عندهما فيسقط ربع مهر الداخل لا الثمن فلا يتم به الزام وقيل بل هو قولهما ايضا والفرق ذكره المص انه ذكره في زيادته وذكر تمام تفريعاتها ايضا فيها اما التفريقات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت احد وبعد موت احد العبدين واما التفريعات في الطلاق فمنها ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن ينقسم بين الداخلة والاولين لنصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاولين اعني الثابتة والنصف الاخير بين الاولين لان احداهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة والداخلة به وان بين الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وان اوقعه على الثابتة طلقت الخارجة ايضا لما تقدم واما الفرق فهو ان الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق الثابت اما على قول ابي حنيفة رح فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزي الاعتاق وعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة اليه ايضا بخلاف الطلاق لانه ليس من كون المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دائرا بين كونه موجبا سقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه في العتق واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين ان يكون حرا وبين ان يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى ان المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد موت المولى والا فالايجاب الاول انما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بتعيين نصف احديه لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد ان اعتبار الاحوال انما هو حال صدور ما يجب اعتباره وحال صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابتة عتق اصلا ويجاب بانه انما يجب اعتبار حال صدوره اذا كان لتعرف حكمه اذ ذاك ونحن انما نريد ان نتعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر هو ان الكلام الاول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم قبول التعليق وهو وقوع العتق بالابراء عن المهر فلا تحله من جهة الزوج فان الابراء انما يكون من قبل المرأة فيعتبر تنجيزا في حق البراءة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين ان يوجبا ولا يوجب شيئا فاوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلثة اثمان مهرها

ومن قال لعبد به احد كما حر فباع احدهما او مات او قال له انت حر بعد موتي عتق الآخر لتعين محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق من كل وجه بالتدبير فتعين الآخر لانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا اذا استولد احدهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق والمشروط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف

ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالاول فيسقط ثلثة اثمان مهره وتستحق ثمنا واحدا. هذا ولا يخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول بتجزي الاعتاق في الاعبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السوال **قوله** ومن قال لعبد به احد كما حر فباع احدهما او مات او قال له اي لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الآخر المقصود وذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك رح وعند احمد لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا ان يقول كنت نويته عند التلفظ به وعند الظاهرية لا يعتق اصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت ان يكون هذا حرا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق او اعتقتك بذلك العتق اما اذا اقتصر على قوله انت حر ثم قال اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا لان هذا اعتق آخر نازل بغير الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق ودلالة كما اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا او فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا عن الملك كما لو نجز عتق احدهما او باعه او لا وكذا اعتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استيفاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بيانا للعتق الآخر وحكما كما اذا مات احدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختيارا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قريبه لان الانشاء صفة الالفاظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق احدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي ولا يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعتق المبهم المعلق كما قال اذا جاء زيد فاحد كما حر فلو مات احدهما قبل الشرط او تصرف فيه بازالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رايت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط فلا يعتبر لانه لا اختيار قبل وقته كما لو قال انت حران دخلت هذه الدار او هذه ثم عين احدهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع احدهما او كلاهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك بعد اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الجهالة المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت فاحدكما حر ثم قال له مع آخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب او رهن او آجر يكون بيانا ولو استخدم احدهما او قطع يده او جنى عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه وللعتق من كل وجه اي لم يبق محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاق العتق عند الموت الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير قصد استيفاء الانتفاع به مدة حياته وان يعتقه بعد موته والمقصودان من الوصول الى الثمن والانتفاع المستمر الى الموت ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احدهما اي وطئ احدهما فعلقت لانها صارت ام ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم يبق محلا للعتق من كل وجه كالمدبر وقصد ابقائها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطء بالمعلق فان الوطء غير المعلق ليس بيانا عند ابي حنيفة كما تذكر

بالهبة والتسليم والصدقة والقبض والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك وكذا لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذا لو وطئ احداهما
بالنكاح ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم يعتق الاخرى عند ابي حنيفة لانه قال يعتق كان الوطئ لا يحل الا في الملك واحداهما حرة فكان
بالوطئ مستبقيا الملك في الموطوءة وتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة لان الاباحة في المنكرة وهي
معينة فكان وطيها سفاحا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطيهما على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل
في المنكرة فظهر في حق حكم تقبله والوطئ يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد
بالوطئ يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطيها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

واستشكل على تعين الآخر بموت احدهما لو اشترى احد العبدين وسمى ثمن كل منهما على انه بالخيار يأخذ ايهما شاء فمات احدهما
حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع ان بالموت لم يبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق وبما لو قال لامتيه احدكما بائن بتطليقة او ام ولدي
ثم ماتت احداهما لا يتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية وجواب الاول بالفرق بان عند اشتراف احدهما على الموت تعين
البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه فانه لا يخلو عن مقدمة تعييب فاذا تعين البيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالاشتراف
على الموت فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بانه ليس القاعا
بصيغة بل اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله لا طلاق جواب الكتاب يريد الجامع الصغير وقوله واعني
ما قلنا اي من انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن يتأتى في العتق فتعين الآخر للعتق قوله والهبة والتسليم والصدقة
والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك روي عن محمد في الاملاء اذا وهب احدهما واقبض او تصدق فاقبض عتق الآخر قالوا
ذكر الاقباض لتوكيد الاشتراط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار دلالة تصرف يختص بالملك ولان الماء اذا
عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو ادخل في طريق الملك اولى ان يعينه
قوله وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما يعني تطلق الحية لما قلنا في العتق من عتق الباقي بموت احدهما
لعدم محلية العتق وكذا لو وطئ احدى المرأتين تطلق الاخرى لما بين في المسألة الامتين التي تليها قوله ولو قال لامتيه احداكما
حرة ثم جامع احداهما ولم تعلق لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وبه قال احمد اما لو علقت عتقت الاخرى اتفاقا ولو قال احداكما حرة
ثم وطئ احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك النافع بخلاف العتق وقالا يعتق وبه قال الشافعي ومالك في رواية
لهما ان الوطئ لا يحل الا في ملك واحداهما ليست في الملك لعتق احدهما بذلك الكلام وكذا لو قتلها انسان وجبت نصف دية وقيمة
لكل منهما فكان بوطئ احداهما مبينا للمستبقى لملكها فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احداكما
طالق ولم يدخل بهما او دخل فقال طالق بائن او ثلاثا فوطئ احداهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا
لا يكون الوطئ بيانا لطلاق الاخرى لحل وطئ المطلقة الرجعية ذكره في النوادر وحل ثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في
الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطئ وله ان الملك قائم فيهما جميعا حتى قال يحل وطيهما ولهذا لو وطئهما بشبهة كان
الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى وانما يملك البدل بملك الاصل وهذا لان العتق في المنكرة اي المبهمة الدائرة بين كل
منهما وهي غير المعينة وتنافيها لان المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة احد دائر بينهما ووقوعه في المعينة
مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته ان طلقتك فانت طالق او لامته ان دخلت
فانت حرة فان له وطيها قبل الشرط لقيام الملك في الحال قولهما احدهما حرة ان اريد المعينة منعناه او المبهمة سلمناه ولا يفيد
لان الوطئ انما يقع في المعينة فوطيها لم يقع في محل الحرمة فحل فاذا حل وطئ كل منهما لم يكن وطئ احداهما دليلا على تحريم الاخرى بعتقها
وانما يلزم اذا كان الحلال وطئ احداهما فقط وهو ممنوع وح يرد النقض بالوطئ بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطيها

ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اول عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها ورق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما ويسعى في النصف الآخر ويرق في الحالين فلهذا يكون

لوقوعه في عينه والمطلقة هي المبهمة فاذا اجيبت عنه بتقييد حلها بما اذا لم تتعين احدهما للطلاق وبمجرد وطي احدهما تتعين الاخرى فتحرم بخلافه في العتق حاد اول المسئلة وهو انه كما كان الوطء بيانا في الطلاق تجب ان تكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينتين قائم كما المطلقة هي المبهمة ولا جواب له سوى ان الدال في الاصل اعني الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستيفاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذا كان الواجب اخراج احداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد فان طلبه يفيد استيفاء من هو منها كيلا يضيع حاله ووطء المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا وطء الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطيها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد ولا له ظاهرة وعلى هذا فيكفي في دليليها ان يقال وطي احداهما دليل استيفائها كالوطي في الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالته والفرق لما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطيهما ثم القول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق انه لا يحل وطيهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع في الاصول مسئلة يجوز ان يحرم احد اشياء كما يجوز ايجاب احد اشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم احد اشياء جواز فعلها الا واحدا لانه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولم يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع بعد الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احداهما لا بعينه وهما نفي وطيهما وطء المحرمة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف احدى ارش الجناية عليهما لانه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء وعزاه قيمة مملوكين كذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما اذا قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما تنتصف لان احدهما حرة بيقين ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للمورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم بخلاف قتل واحد فان الحرة لا تعرف وهنا فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتقرع فيها وقولهم وقوع الطلاق فيها معلق بالبيان فجاز وطيها غير صحيح اذ لا تعليق بل منجز ما هو في الشرع تبيين محله ولو كان يمينا محضا لم يجبر على ايقاعه شرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف انه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطء قبل الشرط فيها وابو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيها بحل وطء احدهما **فروع** من البيان قال لامته احداكما حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن هذه الاخرى عتقت الاولى فتعتقان لان قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى فتؤاخذ بتعتيقها وكذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين علي الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شيء فالفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال امة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان فان كان له امة وعبدان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلثة عتق من كل ثلثة وتسعون في الباقي ولو تعددت الاماء فعلى هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلاثا عتق من كل ثلثها ويسعى في الباقي والله سبحانه وتعالى اعلم

قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام ويسعى في قيمته لصفها ونصف الجارية ويسعى في النصف والغلام عبد لان كل واحدة من الام

وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا فاعتبر النكول في حق حريتها فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسئلة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتنى على الدعوى فلم ينفذ في حق الجارية

والجارية يعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فتعتق الام لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تابعا للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهي ما اذا ولدت الجارية اولا لعدم الشرط فاذا اعتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وامه قنة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور للمصنف في الكيسانيات في هذه المسئلة انه لا يحكم بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتقه فاعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن هذا حكم الطحاوي بان محمدا كان اولا مع ابي حنيفة وابي يوسف ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط ان هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم انها ولدت الجارية اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلامه اقرار واما نحن فجواب هذا الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان اول ولد تلده غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما ولا يدري الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك ان هذا ليس جواب الكتاب لان في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام اولا عتقت تبعا للام واما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام اولا لا غير في الجارية وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان في طرف واحد كان القول قول من انكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فانت حر فمضى الغد ولا يدري اوجد ام لا للشك في شرط العتق وكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فيحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتاخر فكيف يتحلف ولا دعوى ولا منازع قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة وبنتها لوجود الشرط وقد عرف ان الامة لو انكرت العتق وشهد به تقبل فعلى هذا جاز ان يدعي رجل حسبة اذا لم يكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هذا ولكن المذكور في المبسوط تعليله صريح بان الام تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه وافاد ان ذلك في صورة دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب واعلم ان ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقة ابطال قول ابي حنيفة وابي يوسف مع انه لم ترو عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلالا بان الشرط الكائن في طرف واحد الخ فيه نظر فيه بان ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت حر ذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلوة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق الا ببينة بخلاف قوله ان كنت تحبيني الخ فيمكن ان تكون الولادة من الامور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال

الغلام

فيعتق نصف الام كما في الجامع **قوله** وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين بالله ما يعلم ان الغلام ولد اولا لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية معا لان دعوى الام حرية الصغيرة تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لانها نفع

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى **قال** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احدهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

تخص مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتها فتعتق فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا من الحرية لنفسها وباقي المسكة بحالها يعني ولدتها فادعت الام تقدم الغلام وانكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام فاحتيج بنكوله لان دعوى الام حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية او انابة وهما تنفيان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي ان يثبت حرية بنتها لانه لازم له فالاقرار بحريتها اقرار بحرية الاخرى اجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا لوجود الشرط بجواز كونه بدلا لما لها من المولى ليترك الحلف او اقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت وبان النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل بقرة فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا **قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقي بحاله يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا من ان دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبتنى عن صحة الدعوى **قوله** وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه السابقة وهي ما اذا اتفقوا على ان ولادة الغلام اولا او اتفقوا على ان ولادة الجارية اولا فلا يعتق احد من الثاني ويعتق كل الام والجارية في الاول وبهما تتم الاوجه للمسألة ستة **فرع** في المحيط لو قال ان كان اول ولد تلديه غلاما فانت حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام ربع كل واحدة من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات يجب ان يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا واما الغلام فانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين اولا وترق في حال بان ولدت الغلام اولا فاما الجاريتان فيعتق من كل بعضها في عامة الروايات لان اعتاقة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا اعتق تبعا للام لا يتصور ان يعتق بعتق نفسه واذا اعتق بعتق نفسه لا يعتق تبعا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين والغينا اعتاقة العتق من جهة الام واعتبرنا الاعتاقة بعتق النفس لانها اقل وهو المتيقن فان كانت ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق انفسهما وان كانت ولادة الجارية اولا يعتق الاخيرة بعتق نفسها فثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت نصف بينهما وقال ابو حنيفة ينبغي ان يعتق من كل ثلثه ارباعها لان الغلام لو كان اولا تعتق الام فتعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام عتقت الجارية الاولى والاخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول ابي عصمة وقال هو الذي يوافق ما تقدم **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي عتاق الاصل بان شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا بتدبير احدهما مطلقا في صحته او مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما تقبل ويؤمر بتعيين عتق احدهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد رح **قوله** واصل هذا اي اصل هذا الخلاف لان الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند ابي حنيفة من غير دعوى العبد مطلقا لا في حرية الاصل ولا في

والمسئلة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها لست بشرط فيها

الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين ان الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الاصل بل في العارضة فقط بخلافها على عتق الامة فانها تقبل بلا دعوى بالاتفاق وعندهما تقبل بلا دعوى والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت الامة العتق ولا يلتفت الى انكارها والعتق لانها متهمة لانها متهمة ولذا على طلاق النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت ويجب على ان يوقع على احداهن **قوله** والمسئلة معروفة وجه قولهم ان المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكوة ويصح نذره وخلفه به ولذا لا يحتاج الى قبول ولا يرتد اقرار السيد بحرية العبد برد العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل واقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا يكفي شهادة الواحد لانه وان كان امرا دينيا يتضمن ازالة ملك العبد وابطال ماليته فلذا اشترط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة رح ان العتق انما زوال الملك المستلزم لثبوت الحق من مالكيته او هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع به على الخصوص ثم بعد ذلك يثبت ما ذكرتم من حقوقه ثم ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ولا ثبوت للازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه ولا يخفى انه يرد على هذا عتق الامة لانه يقال حريته فرجها التي هي حقه ثم يثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب ان يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى نقول لو كان العبد ايضا متهما قبلت بلا دعواه وذلك بان لزمه حد قذف او قصاص في طرف حتى لو انكر العتق ولا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم ينكره لكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تاثير كون الثابت بالعتق اولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى لانه اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت اولا او ثانيا فان قول التقدير بكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى لا حقه سبحانه فما ذكرتم واما حق العبد فانه يصير به مالكا لاكسابه فيتمكن من اقامة مصالحه وثبت ولايته من نفاذ قوله في الشهادة وانكاح بنت وحصول ميراث له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى ان لم يحتج الى دعوى بما فيه من حق الله تعالى على ان الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا الا يرى ان العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء رق الاصل وحريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما انه لما اجتمع على العتق الحقان فلحق الله تعالى فلذا لا يمنع التناقض في حرية الاصل ولا في الحرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين ورد عليه ايضا عتق الامة فان فيها الحقين فيجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه وايضا اذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانهما يتعارضان لانه اذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي ان لا يثبت بل الحق ان المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فترجح اثبات شرعا الاحتياط في امره وتوكيده وامر الفروج محتاط فيه فالاحتياط ان لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على شيء آخر بخلاف ما لم يثبت فيه مثله فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة

واذا كان دعوى العبد شرطا عندهما لا يتحقق في مسئلة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة و
عندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها
ليست بشرط فيهما ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رح وان لم يكن المدعوى شرطا فيه لانه انما
لا يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده لما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق
احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على
تدبيره في صحته او في مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حينما وقع وقع وصية وكذا
العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصى له ومعلوم وعنه خلف وهو الوصي او الورثة ولان الحق
في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا

والطلاق وبين عتق العبد لان حق سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق انتفى الدعوى ليس من التاكيد بحيث يجب ان يثبت بلا دعوى وهما يقولان جميع
حقوق الله تعالى يجب ان تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعباد الشاهد نائبه فيتضمن شهادته دعواه واما حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى
فانما نصب النائب عن الله تعالى نائبا عنه وهذا القدر يحصل به المقصود فان المثبت في الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيه ما لو انكر العبد العتق ولا تهمة
فيه يجب الترجيح ويترجح حقه تعالى ولا يقال المقرر ترجيح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بان كان ثبوت احدهما انتفى معه الآخر وههنا ثبت
حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا اثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد سابقا عليه وانما فيه انه ثبت على زعمه **قوله** واذا كان دعوى العبد شرطا
عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب اي الجامع الصغير وهي ما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه لانه عتق المجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق وانما تتحقق في المعين فتنتفي
المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين احدهما **قوله** لو شهدا انه اعتق احدى امتيه الخ جواب عما قد يقال اذا كان
الدعوى ليس بشرط عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي ان تقبل على عتق احدى امتيه والواقع انها لا تقبل عنده اجاب بانه انما يشترط الدعوى في الشهادة
على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصا فشابه الطلاق وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى كذلك وكذا هذا والعتق المبهم
لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فانتفى المستفاد فيه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الامة تحريم
فرجها على المعتق لشرطت في عتق الامة المجوسية والتي هي اخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها
بحرمة في الاوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها فالجواب انه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم فان وطي الاخت من الرضاع المملوكة ليس
بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطيها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي يتقرر به سبب حرمة فرجها فاثبت تحريما موجلا بانقضاء العدة واما الامة المجوسية
فينبغي ان تشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطيها مملوك له وانما منع منه حنثا كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك والوطي فيه ما فيه **قوله** وهذا كله اذا شهدا

بعتقه احد العبدين من صحته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته او في مرضه ليكون شهادتهما بالعتق هو وصية وهو المستثنى
في اول المسئلة وقدمنا ان التدبير حيث ما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته او بعد وفاته
يقبل استحسانا لان عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى واذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى له لان تنفيذ الوصية من حقوق
الموصى فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي او الوارث بخلاف حالة الحيوة فان الخصم في اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره بل
هو العبد وهو مجهول ووجه آخر للاستحسان وهو ان الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الوصي كان كلا من العبدين وهما سيان وفي حالة الحيوة لا تتضح خصومتهما
لانه لم يعتق منهما شيء بالمعتق المبهم بخلاف ما اذا مات المولى قبل البيان فان العتق يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن اعتق احد عبديه فمات
قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى ان المراد وبالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا يقام البينة الا على منكر نفرض بعض الشارحين
ان تكون الورثة منكرين ذلك فهذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي او وارثه يعني الوصي ان كان الورثة منكرين او الورثة ان كان الوصي منكرا فقيل فيشكل
بما لو كان كل من الوصي والوارث منكرا فلا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص الا باعتبار حق الميت مدعيا تقديرا وايضا قوله
واداء الشهادة في مرض موته الى آخر يفيد انها تقبل في حيوته وانت علمت ان قبولها بعد موته باعتبار انه وصية لا باعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته لان المدعي
العبد ان وهما غير من اثبت فيه العتق اعني المبهم والحاصل ان انزاله مدعيا لا يكون الا بعد موته واما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت

ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدهما حر قد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل الشرح

لعدم المدعي ولا خلل الا بتبيينه اذا كان المريض قد اصحت حال اداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب ان يؤخر القضاء بهذه الشهادة الى ان يموت فيقضي بها ولا يحتاج الى اعادتها او يعيش فيطلق لسانه فترد لعدم الخصم المدعي قوله ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر الرواية فيه عن ابي حنيفة واختلف المشايخ في تفريعها على قوله فقيل لا تقبل لانه ليس بوصية لاسناد حال العتق المنجز الى حالة العتق فلم يكن الميت مدعيا تقديرا وقيل تقبل لان العتق شائع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال لجواز ان يكون احكم معلوما للعلتين فيتعدى باحدهما وتبعه صاحب الكافي وقال هو الاصح ولقائل ان يقول شيوع العتق الذي هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله احدكما حر ولا ثبت له الا الشهادة وصحتها متوقف على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو اثبت الشهادة بصحة خصومتها وهي متوقف على ثبوت العتق فيها شائعا لزم الدور واذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه فرع شهدا انه حر لا نعلم بعينه فسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بالعتق وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه فسماها فنسيا او عند زفر تقبل وتجبر على البيان ويجب ان يكون قولهما كقول زفر في هذه لانها كشاهدتهما على عتق احدى ميتة وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا انه اعتق عبيده سالما ولا يعرفون سالما الا اسماءهم واحد اسمه سالم عتق لانه كان معينا كما اوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما ان القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف الوشهد وابيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول ابي حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية وهذا فصل في الشهادة على العتق اذا ادعى العبد العتق واقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى وفي الانية اذا قالت شاهدي الاخر حاضر يحال ولو اقام العبد شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في امر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذت فتثبت به الحيلولة احتيالا بخلاف ما اذا اقام شاهدا واحدا شهد بعتق عبيده واختلفا في الوقت والمكان واللفظ واللغة او شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه اقر انه اعتقه فالشهادة جائزة لان العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة فيما ذكرنا بخلاف ما لو شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وصفا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة وازالة الملك كذا في المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من ان اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين واحدا وصفا ولا يخفى ان التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من ان العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضي انهما اذا اختلفا في انه اعتقه او وهبه لنفسه انه تقبل ولو اختلفا في الشرط الذي اعتق به العتق فاحدهما جعله كلام الزيد والاخر الدخول مثلا لم تجز اذ لا يتمكن القاضي من القضاء لواحد من الشرطين ولو اتفقا على انه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فانها فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى ولو شهد احدهما انه اعتقه بجعل والاخر بغير جعل لم تجز لان العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الاحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى انكر الجعل سواء ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما ولو كان المولى يدعي اقل المالين والعبد ينكره عتق لاقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لاكذابه احد شاهديه وهو الذي يشهد له بالاكثر فان ادعى العتق بالف وخمسمائة قضي عليه بالف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولى فانما تقوم على المال ومن ادعى الفا وخمسمائة وشهد له شاهد بالف والاخر بالف وخمسمائة يقضى بالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف الالف والالفين كما سيأتي في الشهادات ان شاء الله تعالى ولو شهدا انه اعتقه ان كلم زيدا والاخران دخل فانهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذا دخلت الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول كذا لو كان في ملكه يوم حلف عند فتى في ملكه حتى دخل عتق وان

بحجة تامة ولو تعارضت بينة العبد والمولى في مقدار ما اعتقه رجحت بينة المولى لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد البينة على انه قال ان ابيتها الى الفا فانت حر وانه اداها واقام المولى انه انما قال اذا اديت الى الفين الى اخره فالعبد حر ولا شيء عليه لانه اثبت بينة تتضمن الحرية فيه ولو اقام العبد بينة انه باعه نفسه بالف واقام المولى انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولى لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولى قال في الاصل ولو باعه نفسه بالف فاداها من مال المولى كان حرا وللمولى ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال وانما يتحقق هذا الاصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدي مبشرا او متطوعا من المولى ثم رد هذا المال على المولى كان مستحقا عليه فيرجع من الوجه المستحق في الحكم ويكون له ان يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود المعتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لانهما لا يعدلان في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمته بالتلف من ماليته على المولى اذ قد اقر بالرجوع انهما اتلفا ماليته على المولى بغير حق ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بان المولى كان اعتقه ان شهدوا انه اعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد يرجعون على المولى بما ضمنوا وهذا بناء على ما بينا ان عند هما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فتثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وان لم يكن شهد لذلك وتبين به ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولى شيئا بشهادتهم وانه انما ضمنهم بغير حق وعنده لا تقبل بلا دعوى فلا يمنع لما شهد به الفريق الثاني فان لم يكن حكم بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر آخر وهو حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا ودخلته التاء للمرة كقول الفرزدق

ه على حلفة لا اشتم الدهر مسلما ٭ ولا خارج من في زور كلام ٭ وقال امرؤ القيس حلفت لها بالله حلفة فاجر ٭ لناموا فما ان من حديث ولا صال ٭ والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه ولما جرى المص على ان يوالي التصرف الذي يصح تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق فلم يضم الكل الى كتاب الايمان ليكون اضبط لاحكام التصرف الواحد حيث يجمع في بابه فلا تتفرق احكامه في الابواب ولو العتق الحلف به اعلم ان بعض من اجاز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك اجازه في العتق روي ذلك عن احمد للفرق بان الشارع متشوف الى العتق دون الطلاق وعندنا الصحيح مطرد فيهما قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق اي ذلك المملوك الذي اشتراه ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا ان يكون اضافه الى المملوك قدره ليرده اليه بقوله لان التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظا اذ تقديره اذا دخلت ولفظ يوم ظرف المملوك فكان التقدير كل من يكون في ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الى يوم الدخول والمملوك لا يكون الا بملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاءه الدخول فكان اضافة العتق الى الملك الموجود عند الدخول يعني بخلاف قوله لعبد غيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الى ملك الا صريحا ولا معنى وعدل المص الى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ليفيد ان لفظ اليوم مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لانه اضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان في اللفظ انما اضيف الى لفظ اذ المضاف الدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ اذ لا كان المراد يوم وقت الدخول وهو وان كان يكون على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييد اليوم به لكن اذا اريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا من الاستعمال الفصيح في نحو يومئذ يفرح

ولو لم يكن قال في يمينه ومتى لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه ما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط
فيعتق اذا بقي في ملكه كما في وقت القول ولا منافاة بين اشتريته بعد اليمين ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق
وهذا اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجوده اقل من ستة اشهر ولكن اذا ولدت لاقل
من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك المطلق والجنين مملوك بتبع الام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء
ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال الحبر الضعيف فائدة التقييد لوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي فهو حر لا يدخل الحمل تحت الحكم ما دام في بطن امه
بل بعد الانفصال بيعه منفردا قال الحبر الضعيف فائدة التقييد لوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء الغد يعتق الذي كان في ملكه يوم حلف لان قوله اعلاه
مملوك مكنى به عن مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء الغد يعتق الذي كان في ملكه يوم حلف لان قوله اعلاه
للحال حقيقة فقال انا املك كذا وكذا اريد به الحال لكن ايسبق له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون مطلقه
للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين

المؤمنون فانه لا يلاحظ فيه وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره نعرف ان
لفظ اذ قد يذكر تكثيرا للعوض عن الجملة المحذوفة او عما دل عليه احتى التنوين ولكنه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظه معناها ومثله كثير في اقوال
اهل العربية في بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا
اي من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم **قوله** ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ بل قال اذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم
بل الذي كان في ملكه وقت التكلم ووجه المصنف قوله لان قوله كل مملوك لي مختص بالحال اجزاء حرية المملوك في الحال تعليق في الحال بمملوك اي المملوك في الحال
حرية هي الجزاء فاما دخل الشرط عليه تأخرت الى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك لي حالا ان المختار في الوصف من اسم الفاعل
والمفعول ان معناه قائم بحال التكلم بمن نسب اليه على وجه قيامه به او وقوعه عليه واللام للاختصاص اي لاختصاص من جرت معنى متعلقها اليه اي معنى المتعلق وهو
مملوك فلزم من التركيب اختصاص المتكلم بالمتصف بالمملوكية الحال وهي اثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه باثرها في الحال والا ثبت الاثر بلا مؤثر وهذا
ويعتق بقول القائل كل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونا او جانيا او موجرا والاماء وان كن جمع ام واميات اولاد المدبرين واولاد ام الولد يدخل المكاتب خلافا
لزفر لانه مملوك من وجه او هو حر يدا او لو نوى لذكور فقط لم يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر مجرى عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع ان طائفة من الاصوليين على ان جمع
الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المدبر المشترك ولا الجنين الا ان يعينهم ولا عبيد عبيده التاجر وهو قول ابي يوسف لان تعميمهم يؤدي الى العبيد التاجر وهو لا يجوز
محمد يعتقون لو نواهم او لا عليه دين او لا وفي قول ابي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عبيدي
ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وليس له ان يملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم يعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما استقبل لانه
ان التعليل يشتمل الى ان عتق ما هو في ملكه مع هذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكي كلهم احرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكر وقالوا لا يصدق ديانة
بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى فان قلت ما الفرق وفي الوجهين هو تخصيص العام فالجواب ان كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكي لانه
جمع مضاف فيعم وهو يمنع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فان الثابت به اصل العموم فقط فقبل التخصيص **قوله** ومن قال
كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق ما ولدته لستة اشهر من وقت القول واقل اما اذا ولدته لستة اشهر فلان اللفظ اي لفظ كل مملوك لي للحال على
ما بينا من وجه ونفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز ان لا يكون قائما عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك
لان الظاهر ان مدة الحمل لا يكون الا اكثر من ستة اشهر واما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر فلان التيقن بوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك المطلق انما
ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا لامه كعضو من اعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يملك بيعه منفردا
بل تبعا للحامل والدليل على انه يعتبر في الشرع نفسا مملوكة انه لا يجزي عن الكفارة ولا تجب صدقة فطرة قال المصنف وفائدة التقييد بالذكورة انه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر يدخل الاناث فيدخل
الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على ان لفظة مملوك لما لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان لما لذات ثبت مفهوم مملوكة فيكون مملوك علم من مملوكة فلا تثبت عدم الدلالة
على التانيث لا الدلالة على عدم التانيث وهما ان الاستعمال استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك **قوله** وان قال كل مملوك لي حر بعد غد فلا يعتق ما ملكه بعد غد يعني ان بعد غد ظرف سحر لا لا ملكه او قال كل مملوك لي فهو حر
بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف دون المشترى لفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل جاء لا ظرف ووجه ان كل مملوك تقدم
انه للحال وكذا لفظ الملك للحال حقيقة يقال انا املك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر دليل الحقيقة وكذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين
وسوف وغيرهما كاسناده الى المتوقع واقتضائه طلبا على ما عرف في النحو وهذا احد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال الملك وان

ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف رح في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة لا الحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعدها والايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه من حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة فيصير بالحتى لا يعود

وان كان حقيقة في الاستقبال الا انه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا يقال املك كذا درهما فكان كالحقيقة في الحال والمذهب الثالث انه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي اودعه بعض الشارحين على كلام المص ظنا ان مذهب النحاة ليس الا انه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه واعجب منه جواب ابن رام دفعه عن المص بان قول المص انه للحال لا يدل على انه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك حقيقة في المعنيين انتهى فترك النظر الى قول المص ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة وهذا صريح في انه في الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا ان الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلثة وما اختاره المص مذهب المحققين منهم كابي علي الفارسي وغيره فاستدل عليه بما ذكر المص من انه لا يراد الاستقبال الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال واما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ابي حنيفة فكان ينبغي ان يكون الجواب عنده على خلاف المذكور واما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به ان تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة اي المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو اسافر واتزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة واذا ثبت انه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال **قوله** ولو قال كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن ابي يوسف في النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر وهذا لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من ان المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر وبهذا الوجه طعن عيسى ابن ابان في جواب المسئلة فاوجب المروي عن ابي يوسف وايضا لو لم يرد به الحال فقط فاما ان يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك او استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لانه ح في المعنى كل مملوك لي اوشك ملكه مدبر وكذا ان اريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد ره فيمن قال كل مملوك املكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم او ملكه الى غد خلافا لابي يوسف فان على قوله لا يتناول الا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف او يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك املكه الى ستة اشهر او الى ان اموت او ابدا لزم ان لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو ان يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا وعرف من هذا ان صور التراكيب ثلثة اقسام ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك املكه الى ستة ونحوه وما فيه خلاف فيهما وهو نحو كل مملوك املكه غدا ففي قول محمد ره يعتق في الغد ما كان في ملكه والمستحدث خلافا لابي يوسف وقول محمد اقيس بمسئلة يومئذ بقليل تامل **قوله** ولهما ان هذا اي مجموع التركيب لا لفظ املكه فقط كما في بعض الشروح

ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه اعتبارا للحالة المتربصة فهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او كل مملوك املكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم لكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

ايجاب عتق وايصاء لان حاصل التدبير ايجاب للعتق مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو الايصاء به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء الذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه مقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة اي الحالية لما فيها والراهن الحبس ومن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق على انه لو اوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك اولاد دخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كانه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومن ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد املكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه اعني لفظ الملك وهو ممنوع عندنا اورده المص واجاب بان الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وانت تعلم ان هذا قول العراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو امكن ان يقال ان لفظه اوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو انما قدرناه عند موته من قول كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب وابه للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه عند موته من قوله فلا يتعلق به عبارته عند ملكه الا الصريحة لانها لم تتناول الا الحال ولا المقدرة لتاخير تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا مطلقا ولا مقيدا كان واقعا للاشكال **فروع** من تعليق العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا ان يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا ان يكون المشتري سلمه قبل البيع فح يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه ان يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما متعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرير زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي رح لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احدهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع امرين كان الشرط وجود الملك عند اخرهما وبينا مثله في الطلاق ولو دخل احدهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه انت حر اذا كلمت فلانا كان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا تنعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك او مضافا اليه واذا لم يصح التدبير

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان تقول انت حر على الف درهم او بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن قضيته للمعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع فاذا قبل صار حرا وما شرط دين عليه حتى يصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف

لا يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزى عند ابي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من بيت او حجر او حمار وقال احدكما حر وقال هذا وهذا عتق عبده عند ابي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا ان ينويه ومثله واصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد انه اذا جمع بين عبده وسطوانة وقال احدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لنا كقوله هذا حر او لا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فانت حر فشهد فلان واخر انه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو واخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلم ابا هما فان جحد الاب جازت شهادتهما لانهما على ابيهما بالكلام وعلى انفسهما لوجود الشرط وان ادعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما ومحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان الشهادة تهما يظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله اعلم بالصواب

باب العتق على جعل اخر هذا الباب على ابواب العتق منجزها ومعلقها كما اخر الخلع في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير اصل بل الاصل عدمه فاخر ما ليس باصل عما هو اصل والجعل ما يجعل للانسان على شيء يفعله وكذا الجعالة ويقال الجعالية بضم ميمها بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للحربي وديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان **قوله** ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف تؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف او بعتك نفسك بالف او وهبتكها على ان تعوضني الفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما اذا طلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضة وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك ان كان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده او اعرض اما بالقيام او باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له ان يقبل بعده واذا صار دينا على حر صحت الكفالة به وعليه ما ذكر في الاصل اعتق امته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال شيء لانه ليس على الوارث في دين المورث شيء ولو كانت اعطته في حياتها كفيلا بالمال الذي اعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي لثبوته بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافي هو الرق فانه ينفي ان يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا باداء او ابراء ممن له وبدل الكتابة يسقط بدونهما

واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح
والخلع والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون اذا كان معلوم الجنس ولا تضر جهالة الوصف لانها يسيرة

قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى قوله صح انه
يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبينه
انشاء الله تعالى وانما صار ماذونا لانه رغبه في الاكتساب لطلب الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا دلالة

بان عجز نفسه وكما تصح الكفالة به جاز ان يستدل به ما شاء يد ابيد لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز ان يستبدل به كالاثمان
ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام **قوله** واطلاق لفظ المال اي في قوله على مال ينتظم انواعه من النقد والمكيل والموزون
والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيدة او صعيدية وكفرس او حمار او عبد لان
الجهالة يسيرة فتحتمل لانه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح وعلل المص كونه معاوضة مال بما ليس بمال بان العبد لا يملك نفسه بشيء
الحاصل له في مقابلة المال ليس بمال لان نفسه بالنسبة اليه ليس بمال لانه مبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والزنا
وان تاخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيها يظهر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسها
من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو اتاه بالقيمة اجبر المولى على القبول كما في المشهور وهو مذهب مالك واحمد ولو لم يسم الجنس
بان قال على ثوب او حيوان او دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو ادى اليه العبد او العرض فاستحق ان كان بغير عينه في العقد فعلى
العبد مثله وقد علمت ان القيمة في مثله مخلص وان كان معينا بان قال اعتقتك على هذا العبد او الثوب او بعتك نفسك بهذه الجارية
فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق وعلى هذا الخلاف اذا هلك
قبل التسليم واذا كان الحكم انه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا الا ان في البيع اذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ
بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا في المال جنسه او مقداره بان قال المولى اعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة او على الف وقال
العبد على خمسمائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو انكر اصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة
بينة المولى اما لاثبات الزيادة او لانه يثبت حق نفسه ببينته ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالاداء وهي التي هي هذه المسئلة اعني
قوله ان اديت الي الفا فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد
عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه اما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول
للمولى وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين لانه يجعل كان الامرين كانا فاي الشرطين اتى به العبد يعتق ولان البينتين
للالزام وفي بينة العبد نفي الالزام اتم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء رسالته ليس في بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم
العبد اداء المال هكذا فاعرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى اعتقتك امس على الف فلم تقبل فقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه
لانه اقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله و
زوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال له قلت لك امس انت حر ان شئت فلم تشا وقال العبد بل قد شئت فالقول
قول المولى بخلاف قوله لغيره بعتك هذا الثوب امس بالف فلم تقبل قال الآخر بل قبلت القول للمشتري لان القائل اقر بالبيع و
لا يتحقق البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما اقر به **قوله** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول
ان اديت الي الفا فانت حر ومعنى صح اي التعليق فيستعقب مقتضاه وهو انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء
على ما تبين في خلافية زفر اذ الكتابة ليست صريحا في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد ماذونا ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا

وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر لا يجبر على القبول وهو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود لانه اعلق عتقه بالاداء لا لبعثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلة بمنزلة الكتابة وكذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائنا فجعلناه تعليقا في الابتداء علما باللفظ ودفعا للضرر عن المولى حتى لا يمنع عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعا للضرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه ويخرج المسائل نظيرة المبنية بشرط العوض

التعليق واستقباله اثناء من العتق عند الاداء وذلك يقتضي ان يتمكن شرعا من الاكتساب ولانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى المال منه فيلزم ان يجعله ماذونا لان الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المتحققين نصفة اهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود الشرط **قوله** واذا احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرها ان ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو يده اخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان خمرا مجهولا جهالة فاحشة كما لو قال له ان اديت الي كذا خمرا او ثوبا فانت حر فادى ذاك لا يجبر على قبوله اي لا ينزل قابضا الا ان اخذه مختارا واما عدم العتق في قوله ان اديت الي الفا فجئت بها فانت حر لا يجبر على القبول لان التعليق بشيئين المال والمجيء فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان كان قال ان اديت الي الفا جئت بها يجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والمجيء مشهورة وقال زفر لا يجبر على القبول اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على ان يباشر الانسان سببا يوجب عليه شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا اتى باما هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا اتى بما يقتضيها كقوله ان اديت الي الفا كل شهر باية فانت حر فانه يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره في الذخيرة مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا هو المذكور في نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا تكون مكاتبة وله بيعها لانه تعليق بشروط وهو ان يؤدي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء ووجه رواية ابي سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان اديت الي الفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه واداه في غيره لا يعتق اتفاقا واجيب بان ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل **قوله** ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه اعلق عتقه بالاداء لا لبعثه على دفع المال لينال العبد شرف الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهذا معنى معاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان اديت الي الفا فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت اداء اياه ويلزم اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه كذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه يندفع الايراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى وقد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان اريد بالمبدل العتق اما ان اريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى ان المال ملك السيد فكيف يعتق باداءه وان انزل مكاتبا كما ان المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعا بخلاف ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيف ما قرر واما ما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد اذ

لفظا

الهداية

ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي

يمتنع بيعه عليه ويصير العبد احق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه اداء مال وتسرى الجرية الى المولود للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا لان رق الولد وحرية تابعة لامه والحاصل انه ثبت لها جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفيره مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه اى على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التى بعضها يقتضى اعتباره تعليقا وبعضها يقتضى اعتباره معاوضة الا انه لما تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت احكام الشرط اكثر من احكام المعاوضة فلم يثبت من احكامها الا ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المودى ذيوفا فان له ان يرجع بقدره جيادا وما كان من ضروريات المعاوضة هو تقديم ملك العبد لما اداه وانزاله قابضا اذا اتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت اثاره بالنسبة الى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التى هى الكتابة فى صور كثيرة الاولى ما اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى فلا يودى منه عنه ويعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات المولى وفى يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة والثالثة لو كانت امة فولدت ثم ادت فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد للموسلى حط عنى مائة فحط المولى عنه وادى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة الخامسة لو ابرأ المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر انه لا موقع لها اذ الفرق بين تحقق الابراء فى الموضعين يكون والابراء لا يتصور فى هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه او رد عليه بخيار عيب فمضى وجوب قبول ما ياتى به خلاف عند ابى يوسف نعم وعند محمد لا ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف فى انه يجب ان يقبله ويعد قابضا ووجه قول محمد ان وجوب القبول انزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير انه لو قبل عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف فى الايمان بالطلاق وقول ابى يوسف عندى اوجه لان الكتابة التى تبطل بالبيع هى القائمة عنده وانت علمت ان انزاله مكاتبا انما هو فى الانتهاء وهو ما عند ادائه فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت قبله ليس الا احكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة ح معتبرة شرعا لتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت احكامها ومنها وجوب القبول اذا اتى بالمال السابعة انه يقتصر على المجلس ولا يعتق ما لم يؤد فى ذلك المجلس فلو اختلف بان اعرض او اخذ فى عمل آخر فادى لا يعتق بخلاف الكتابة هذا اذا كان المذكور من ادوات الشرط لفظة ان فان كان لفظة متى او اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة انه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل ان يودى بخلاف المكاتب التاسعة ان للسيد ان ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل ان ياتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب العاشرة انه اذا ادى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فياخذه بخلاف المكاتب الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فاداه بعده اليه عتق وان كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق بادائه لانه ملك المولى الا ان يكون كاتبه على نفسه وماله فانه ح يصير احق من سيده فاذا ادى منه عتق **قوله** ولو ادى البعض يجبر على القبول الا انه لم يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وادى الباقى فانه لا يعتق كما ذكرنا فى المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه قبوله فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه ولا خفاء فى ورود منع هذه الملازمة وذلك لان وجوب قبول الكل لان به يتحقق شرط العتق الذى

ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع المولى عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان اذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا على الف درهم

هو حق العبد وليس اداء البعض كذلك الا اذا كان في ضمن الكل فانه يجب قبوله باعتبار انه محقق الكل لا باعتبار انه بعضه فلذا كان في هذه المسئلة خلاف وما ذكره المص هو المذكور في الايضاح وذكر شيخ الاسلام انه لا يجب قبوله كما ذكرناه وذكر في شرح الطحاوي ان عدم وجوب قبول قول ابي يوسف ره وانه القياس والاستحسان هو ان يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه وهو وجه الاستحسان ان وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا عن غرضه ومما تقدم يعلم انه السيد لو حفظه منه قبل ان يأتيه به جاز ولا يحتسب له به من اداء المشروط يحتسب

قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط وهو اداء الالف حتى يعتق لو كانت الفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة واما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المص لاستحقاقها اضافة المصدر الى المفعول وهو تعليل للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق اذ الواجب النظر في الغرض وهو ان يعتقه باداء الف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكه وتملك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى **قوله** ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او اعرض او اخذ في عمل آخر ثم ادى لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى لدلالتهما عليه لا يتوقف فمتى اي وقت ادى عتق وعن ابي يوسف ره ان ان بمنزلة اذا ومتى وقد يوجه بان ان لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير في اي وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة الفعل ان تحقق الفعل بدونه فلا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا فانما يثبت للفعل وقت وجوده اي وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء لانا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر في حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء **فرع** قال ان اديتما الي الفا فانتما حران فادى احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام في المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لاؤديها اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنهما اجنبي لا يعتقان لانه ليس اداؤهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدي ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقهما ولم يحصل مقصوده فان قال اؤديها اليك على انهما حران او على ان يعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدي بالمال على السيد اما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض العتق لا يجب على الاجنبي ولو قال هما امراني ان اؤديها اليك فقبلا عتقا لانه رسول عنهما

قوله ومن قال انت حر بعد موتي على الف فالقبول بعد الموت لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غدا بالف فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب في عقد المعاوضة وهو القبول انما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة

بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا
انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق عليه في مسئلة الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل لاستحقاق ملكه

تو خر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو ما بعد الموت ولو امكن اضافة في البيع ونحوه وجب فيه ايضا كون قبول البيع متاخرا الى وقت وجود المضاف
فيكون محل القبول ذلك بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه ايجاب للتدبير في الحال الا انه لا يجب
المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا صحيحا واذا اعتق بعد الموت لا يلزمه شئ لانه لما لم يجب عليه عند القبول
لم يجب عليه بعده وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول الا ليظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر وصار كما اذا
علق تدبيره بدخول الدار واورد ان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتي على الف فينبغي ان يشترط في مسئلة الكتاب القبول
في الحال اجيب بان مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر
على الف اضافة لفظا ليكون يمينا فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في انت مدبر على الف لانه قابل الالف
في التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في انت حر بعد موتي على الف لانه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت
فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى ان التدبير ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت في كل من قوله انت
مدبرا وانت حر بعد موتي بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان ناطق ثم يثبت حق
الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لا ان حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق
واعلم انه روي عن ابي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف ليس له القبول الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في
ملكه وقال قبلت اداء الالف عتق فعلى هذا استوت المسئلتان في ان القبول بعد الموت وروي عن ابي يوسف فيهما ان لم يقبل حين قال له
ذلك فليس له ان يقبل بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابي يوسف في الاملاء اذا قال اذا مت فانت حر
على الف درهم القبول في حالة الحيوة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق
بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين في ان القبول حالة الحيوة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال وذكر
السرخسي عن ابن سماعة عن محمد ولو قال انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر في الجامع في مسئلة
انت حر بعد موتي على الف ان القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة فيما ذكرنا
عنه كذلك وح فما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر على الف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح اذ يجب ان يجعل قول ابي يوسف في
قوله اذا مت فانت حر على الف ان يقول في حالة الحيوة رواية في انت حر بعد موتي على الف ان القبول في حالة الحيوة بل اولى لان هناك
الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك يجعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم المال على ما ذكره عن
ابي يوسف ومحمد لان الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت مدبر
وهذا لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه اذ المولى يستحق على عبده المال اذا كان بسبب
العتق كما في المكاتب واذا لم يستحق عليه بسبب غيره على ان المروي عن ابي يوسف ومحمد في المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت
السيد وح يكون حرا فالحاصل تاخر وجوب المال الى من حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق والمرجع

قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد عتق فمات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمته خدمة اربع سنين لانه يصير عوضا فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية اخرى وهي ان من باع نفسه العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرهما

العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة وتراد غيره او الوصي او القاضي ان امتنعوا الا ان الوارث يملك عتقه تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا اعتقه الوارث فولاؤه للميت لان عتقه يقع له ولذا لو اعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت ليس اهلا للاعتاق قال وهذا اصح وكذا قال غيره واحتجوا بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت وليس التدبير الا تعليق العتق بالموت واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بان هناك الموجود بطلان اهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروج عن ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا هو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسوال وهو ان ما علل به من فوات اهلية المعلق لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان اراد المجيب انه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل من الايراد انه علل بما لا اثر له فاجاب المجيب بايراد علة اخرى او مانع وقال هذا جواب هذا السوال فالصواب في الجواب المصنف حيث علل بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يبين ان عدم اهليته لذلك بسبب الموت او غيره ومبنى السوال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه ليس اهلا لاعتاقه لخروجه عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد القبول الكائن بعد الموت واذا تاخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر من الاهل في المحل وان كان الميت ليس اهلا للاعتاق لما قلنا ان الكلام صدر في حال اهليته ثم استدل على ذلك بان القبول بعد الموت معتبر فهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى ان بعد كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط ان يكون في ملكه عند نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل اعتقه القاضي ولم يكن بولاء القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه فما السبب الى نقله الى ملكهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان بسبب انه لا سائبة فلو بقي في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلو لم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لان القبول لا يعتبر بعده بل بتقييده به وما تقدم من نوادر بشر من قول ابي حنيفة رح فاذا مات المولى وقال قبلت اداء الالف عتق ظاهر في عدم تاخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل بذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتاخرين من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا اصح فانه يفيد ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق او المضاف الصادر منه حال حياته وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملك الميت شهرا فيما اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا لحاجته الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا اثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسياتي لبعضهم فرق في الباب بعده **قوله** ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر فقبل العبد فعتق ثم مات المولى

ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها فعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر وان قال
لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم على فعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف
على الآمر لان شرط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل

من ساعته فعليه السعاية على العبد قيمته عند ابي حنيفة في قوله الآخر وهو قول ابي يوسف وفي قوله الاول وهو قول محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين اما العتق
فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبوله كما في غيره من المعاوضات لانه صلح عوضا لان المنفعة
اخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهرا مع انه تعالى امر بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد او المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو
بناء على الخلاف في مسئلة اخرى وهي ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت او هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وعند محمد
بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فلذا عند ابي حنيفة وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه
البناء ظاهر وان ذكره في الكتاب ولا يخفى ان بناءه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما معا ابتدائي او لم يقل احد انه ترجع الورثة في مورث المولى
بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت لان الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول
محمد وهو قول الشافعي وزفر ان الجارية او الخدمة جعلت بدلا ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يفسخ
فتجب قيمته او مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج على جارية او خالع عليها او صالح عن دم عمد ثم استحقت او هلكت حيث يرجع بقيمة
البدل اتفاقا وجه قوله انها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدا اقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال
بالنسبة الى السيد حيث اخذ مالا في مقابلة اخراجه عن ملكه فهم هنا ملاحظة اخراجه عن ملكه باعتبار ما اخذ في مقابلته
ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع
عبدا بجارية ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس عليه لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح
ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات احدهما اخذ بقيمة خدمة ثلاث سنين عند محمد
عندهما بقيمة ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو اعتق ذمي عبده على خمر او خنزير يعتق بالقبول فان اسلم احدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمته
نفسه وعند محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة اما لو كان قال ان خدمتني اربع سنين او سنة مثلا فخدم بعضها ثم مات احدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع
ان كان الميت المولى وكذا لو اعطاه مالا عوضا عن خدمته او ابراه المولى منها او بعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتني واولادي فمات بعضهم قبل
استيفاء المدة يتعذر العتق **قوله** ومن قال لآخر اعتق جاريتك على الف درهم على ان تزوجنيها وفي بعض النسخ زيادة لفظ على قبل على ان تزوجنيها
وليس في عامة النسخ وهي اولى منه على ايجاب المال على المتكلم وان كان كذلك مع تركها ايضا فاذا اعتق فاما ان تتزوجه او لا تزوجه لانها ملكت
نفسها بالعتق فان لم تزوجه لا يجب على الآمر شيء اصلا لان حاصل كلامه امر المخاطب باعتاق امته وتزويجها منه على عوض الف مشروطة عليها منه وعن
مهرها فلما لم يتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها واما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لم يحصل
لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه تثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج وغير ذلك من التصرفات والقضاء ولا يجب العوض
الا على من حصل له المعوض فان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب قيمتها سقط عنه وما اصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان
قيمتها مائة او كان قيمتها الفا ومهرها مائة او الفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين او الفين ومهرها مائة او الف
سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث وقوله وقررناه من قبل يعني ما ذكر في خلع الاب ابنته الصغيرة حيث

ولو قال اعتق امتك عني على درهم والمسئلة بحالها قسمت الامة على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما وجبت حصة الرقبة لمستحقه وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول عن مولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال المولى لمملوكه

قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح لكنه لم يذكر اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح قوله ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها فتفعل اي اعتق قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها على ما بينا فما اصاب قيمتها اداه للمامور وما اصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن زوجت نفسها منه وان زوجت نفسها منه وجب لها عليه وانما وجب للمامور حصة قيمتها بناء لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض الف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم قيمتها فما اصاب قيمة المدبر سقط وما اصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم تكن مالا لكن اخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي ان يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب عند عدم وقوع العتق لانه من جهة الآمر ولم يقبضها والبيع في البيع الفاسد لا يكون الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة للمامور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها اجيب بانه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسده ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات وقول المص لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر اذا زوجت نفسها وقد بيناه

باب التدبير لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحيوة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب ظاهر وهذا احسن مما قيل فيه انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فانها تقييد للمعتق بشرط غير الموت كما ان التدبير تقييد بشرط الموت ولم يؤخرها الى ههنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقا بالموت مطلقا لفظا او معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك يدا ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يدا بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك في انه مالك شرعا لكنه بعرض ان يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر ان بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون وفي المبسوط فاما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد او المكاتب اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد اضاف العتق الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك املكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند ابي حنيفة وقالا يعتق وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل فهو تدبير المالك اما الوكيل فلا في المبسوط لو قال لصبي او مجنون وبر عبدي ان شئت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق وما ذا انجر الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره احدهما جاز ولو جعل امره في التدبير اليهما بان قال جعلت امره اليكما في تدبيره فدبره احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سواء الا يرى ان له ان ينهاهما قبل ان يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط

قوله اذا قال الرجل لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير

انه اذا قال فانت حر فلم يعتق او انت مدبر او قد دبرتك فهو مدبر وهذه الفاظ صريح في التدبير فانه اشبه لعتق عن دبر

فانه اي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فاذا اثبتاه عن دبر كذلك فهو صريح وهو ثلثة اقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك او اعتقتك وانت حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي والثاني ما يكون بلفظ التعليق كان مت او اذا او متى مت او حدث لي حدث حادث فانت حر وتعرف الحدث والحادث في الموت وكذا انت حر مع موتي او في موتي فانه تعليق العتق بالموت بناء على ان مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمن اعتق عن دبر موته فكان هذا وانت حر بعد موتي سواء وكذا اعتقتك او حررتك بعد موتي والثالث ما يكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فتدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر او عتيق يوم اموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لان قرنه به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبرا مطلقا بجواز ان لا يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت صريحا لانها استعملت في الشرع كذلك قال عم في ام الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط ثم توارثت بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال انت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة وكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير مدبرا مطلقا فليس لهم ان يبيعه خلافا لزفر لانه كلما قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه او قال انت حر بعد كلامك فلانا او بعد موتي فاذا كلم فلانا صار مدبرا ولو قال بعد موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشيئة الساعة فشاء بعد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشيئة بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حر بوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق هنا الا بالاعتاق من الورثة او الوصي بمثل ما تقدم في باب التقدم من انه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا فلا يعتق بعده الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج الى تنفيذها كما لو قال اعتقوه بعد موتي ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة في نوادره وكذا بيوم وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي فالوارث ان يعتق تنجيزا او تعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارته عتق الميت دون الكفارة والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله او لم يمض زمان طويل او علق فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي ليغير عتقه ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد في مجلس موته او علمه بموته كما التفويض مشيئة في حياته بمجلس التفويض اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقف به لانه في معنى الوصية لا يشترط في الوصية القبول في المجلس وفي الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمى حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر ابو بكر الرازي ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا اخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم او شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه واما في مسئلة المشيئة يتصل مشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك الوارث فيعتق باعتاق المولى ولا تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا ان تم اشكل على ما تقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بالف فان زمن القبول كزمن المشيئة فانه يجب ان يوصل بموت المولى او بعلمه بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت بحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه من ان القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الاول اسهل من رفعه ثم ادخاله

ثم لا يجوز بيعه ولا هبته لاخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رح يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره ثم جعله سببا في حال الحياة لوجوده في الحال معنى وبعد الموت ولان ما بعد الموت حال خلاء اهلية التصرف فلا يمكن تاخير السببية الى تلك الاهلية

في ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب ان يبقى لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة اقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا نقول لو صح ذلك لزم في انت حر بعد موتي بيوم عدم توقفه بل اولى لان مجئ اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهي من مواضع النص على انه لا يعتق الا باعتاقهم **قوله** ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو الذي علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية بلا بدل او بكتابة او عتق على مال وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز فيجوز استخدامه واجارته واخذ اجرته وتزويج المدبرة ووطيها واخذ مهرها وارش جنايتها وعلله المصنف فيما ياتي بقوله لان الملك فيه ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى في جنايات المدبر الا قيمة واحدة لانه امنع الارقية واحدة واما ما استهلك فدين في رقبته يسعى فيه وعرف من هذا ان ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للارش وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لانه مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم معلقا بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت اجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم يعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو اوصى لولد فلان وله ثلاثة اولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فبطل بموت احدهم حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلثة اولاد ثم مات احدهم ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لان الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فتناولت من يكون موجودا عند الموت **قوله** وقال الشافعي يجوز بيعه وهبته للمنقول والمعنى اما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر رض ان رجلا اعتق غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم ثم ارسل بثمنه اليه وفي لفظ اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك ولحديث جابر رض هذا الفاظ كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي الموطا مالك بسنده الى عائشة رض انها مرضت فتطاول مرضها فذهبت بنو اخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم تخبروني عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سالتها ماذا اردت قالت اردت ان تموتي حتى اعتق قالت فان الله على ان يتاجرني من اشد العرب ملكه فباعتها وامرت بثمنها فجعل في مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحر كان يباع في ابتداء الاسلام على ما روي انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ وانما يفيده استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير ازالة الرق عنه ثم زاينا انه صح عن ابن عمر رض لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه واخرج الدارقطني ايضا عن علي بن طلبيان بسنده عن ابن عمر رض قال المدبر

السيد

ان اخيها

بتعجيزها

بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية تأثير قبل الشرط لانه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يفاد وقوع الطلاق والعتاق وامكن تاخير السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية تصح لانه في حال كالوصية وابطال السبب لا يجوز في البيع وما يشابهه ذلك **قال** وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها ولدان يبين وجها لان الملك فيه ثابت له وبه يستفاد ولانه هذه التصرفات

من الثلث وضعف ابن طبيان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي لا يعارضه النص البتة لانه واقعة حال لا عموم له لا يعارضه لو قال عم يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم تقليده ويجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا ان بيعه مستصحب برق فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط يجوز المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فيبطل ما قيل حديث ابن عمر لا يصلح المعارضة حديث جابر وايضا ثبت عن ابي جعفر انه ذكر عنده ان عطاء وطاوسا يقولان عن جابر في الذي اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فامره ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابو جعفر سمعت الحديث من جابر انما اذن ببيع خدمته رواه الدارقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن ابي جعفر وقال ابو جعفر الهندواني كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك ابن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة عن ابي جعفر انتهى ولو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه ان كان شيعيا فقد صرح ابو جعفر وهو محمد الباقر الامام بن علي زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع منافعه ولا يمكن لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث وقال ابن الفرقول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد او ان المراد انه باع خدمة العبد من باب دفع المسائل لانه لما اعتقد ان التدبير عقد لازم سعى في تاويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تاويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص اخر يمنع من العمل باطلاقه وانت اذا علمت ان الحر كان يباع للدين ثم نسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا حكاية الراوي فعلا جزئيا لا عموم له وان قوله اعتق عن دبر اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على الذي دبر مقيدا انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر وقوف صحيح وحديث ابي جعفر مرسل تابعي ثقة وقد اقمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد انه قول جمهور السلف علمت قطعا ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر ان لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروي عن عائشة بجواز كون تدبيرها كان مقيدا لانه ايضا واقعة حال لا عموم له فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضي محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله او غلطه واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه فما ذكر في الكتاب من قوله لانه تعليق العتق بالشرط وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز فظهر انه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه وقد قدم المص من قريب قوله وعلى هذا اي اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكر المص بقوله ولانه سبب الحرية لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره اي غير قوله انت حر المعلق وفي اذا مت او المضاف في بعد موتي فاما ان يجعل سببا في الحال او بعد الموت وجعله سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلافه بعد الموت فانه معدوم انما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده اولى فهذا وجه اولوية سببيته في الحال ووجه اخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الخ يعني لا بد لثبوت

فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم خبر ثابت في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه

الملك وزواله من ثبوت الاهلية لها والموت يبطلها بخلاف الجنون لان الجنون اهل لثبوت ملكه كما اذا مات مورثه او وهب له وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيئا فانه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو ارتد ابواه ولحقا بدار الحرب بانت امرأته فلذا لم تشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لنزول الحكم لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون اهل لذلك بخلاف الموت فانه سالم لاهلية الامرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور حال حيوته سببا بعد موته فلزمت سببيته في الحال والا انتفت لكنها لم تنتف شرعا ولان سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا في الحال لانها ايمان واليمين في مثله يعقد للمنع كما قد تعقد للحل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد لليمين وانه يضاد وقوعها ووقوعها هو المقصود في التعليق الذي هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا ولا يمكن في التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته في الحال واذا انعقدت سببية العتق في الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو لحق بحقيقته فلا يقبل النسخ ولا شك انه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كائن البتة لزم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى مانع السببية في الحال فينعقد فيه فيلزم ان لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع عن هذا الوجه لمنع كونه كائنا لامحالة بجواز قيام القيامة قبل الغد فانما يستقيم اذا كان التعليق بمجيء الغد بعد وجود اشتراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما اما قبل ذلك فليس بصحيح والجواب بان الكلام في الاغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالايراد على ان كون التعليق بمثل مجيء الغد او راس الشهر نادرا غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثاني وهو ان التعليق الذي هو التدبير وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة ويرد عليه انه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارته الابعناية وهو ان المراد بقوله والوصية خلافة في الحال الى الوصية المذكورة وهي الوصية له برقبته خلافة كالوراثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر وانت حر بعد موتي وبين قوله اعتقه بعد موتي فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية في الحال بخلاف اعتقه واورد عليه ان هذا فرق بين محل النزاع لان حاصله ان الوصية بالعتق اذا كانت تدبيرا كانت خلافة تستدعي لزوم الموصي وعدم جواز الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا يكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان الخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاولى سواء ولا تخلص الا ان تبدي خصوصية في تلك العبارة تقتضي ذلك وليس هنا الا كون العبد خوطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف وكون ذلك في الشرع يقتضي ما ذكر ثم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الاستدلال انما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك **قوله** وان مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا اول الباب ولان التدبير وصية وانفاذها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله** وولد المدبرة مدبر فيعتق بموت سيدها والمراد المدبرة المطلق اما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفي بعضها ولد المدبر

وان كان قتل المولى دون يسعى في كل قيمته لتعلق حق الغرماء بالمدبر من غير وصية ولا يمكن نقض العتق فيجب قيمته وولد المدبرة مدبر وصل ذلك بنقل الجماعة

وليس بصحيح لان الولد يتبع امه لا اباه فان زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حرا او امة فولدها عبد سواء كان ابوه حرا او عبدا مدبرا او لا ثم المراد الولد الذي كانت حاملا به وقت التدبير والولد الذي حملت به بعد التدبير اما ولد المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيره اما الذي كان حملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهي حامل واما الذي حملت به بعده ففي قول اكثر اهل العلم وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك واحمد والشافعي في قول له قال المعول على ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم يعني بالاجماع السكوتي فانه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضي الله عنهم ولم يرد عن غيرهم خلاف ولا يخفى ان سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرق الشافعي ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقال ولدته قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى يحلف على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره في المبسوط في باب الشهادة في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جائز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة اشهر كان مدبرا والا فلا ولو كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها وولدته لاقل من ستة اشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر والاستسعاء له بعد ان يقدر على السعاية ولو دبر احدهما ما في بطنها بان قال ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر انت حرة بعد موتي فولدت لاقل من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان موجودا حين دبر الاول وتدبير نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير امه وان ولدته لاكثر من ستة اشهر من الاول والاقل منها تدبير الام فلولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للام باعتبار انه كالجزء وفي هذا لا يفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر الام واما الام فنصفها مدبر للذي دبرها والآخر بالخيار بين ان يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا وبين ان يستسعيها فيعتق الام بالتدبير والولد بالسعاية ان كان اخا لمزمن من حين دبر او عتق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك الا يرى انها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة لانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت لها حق ان يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها واذا دبر ما في بطن امته لم يكن له ان يبيعها ولا يهبها ولا يرهنها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا اعتق ما في بطن امته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة روايتان والاصح هو الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز عتقه ولو اعتقه جاز هبتها لانه بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن فلو وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر بيوم والآخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توأمان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير في البطن ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز وان وضعت بعد هذا الاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا لكنه يدخل في الكتابة ايضا تبعا للام فاذا ارتدت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان تؤدي عتق الولد بالتدبير وان مات الام قبل المولى فعلى الولد ان يسعى فيما على الام

وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرضي كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

لانه دخل في الكتابة بان مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير او باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان يخرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لان مقصوده حصل **فرع** ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة او ولد حرة ولا يريد به عتقا لم يعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق كانه قال انت مثل الحرة او المدبرة **قوله** وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرضي كذا او قتلت او غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لان السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بل يقع اولا بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة ثم ان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك الصفة فيه فاذا ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن فاما ما قبل آخر جزء من اجزاء حيوته فلم يكن مدبرا فجاز بيعه وان برء من ذلك المرض او رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق به قد انعدم واستشكل بما اذا قال انت حر قبل موتي بشهر ومضى شهر فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه اجيب بانه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل موته كما سمى فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد فانه لا يثبت حقا للعبد للحال وكذا هنا ولو قال اذا مت او قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على اي وجه كان وعلى قول ابي يوسف ليس مدبرا لانه علقه باحد الشيئين من الموت والقتل والقتل وان كان موتا فالموت ليس بقتل وتعليقه باحد الامرين يمنع كونه عزيمة في احدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه وقول زفر احسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكائن احد الامرين من الموت قتلا او غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشيء آخر بعده لم اذا مات فهي القياس لا يعتق وان غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل ان يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه كذا في المبسوط **قوله** ومن المقيد اي من التدبير المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين فانت حر فان مات قبل السنة او العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة او العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات في راس السنة يعتق لان الغاية لولاها تتناول الكلام ما بعدها لانه منجز بتنجيز عتقه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط ومنه انت حر قبل موتي بشهر او بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول ابي حنيفة يستند العتق الى اول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته **قوله** بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال قاضي خان على قول اصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تابيد معنى وهو كالخلاف في النكاح الموقت اذا سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تابيد معنى والمذهب انه توقيت فلا يصح والمصر كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تابيدا موجبا للتدبير **فرع** كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق

فانه

اليه

باب الاستيلاد

بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء عن اداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسقط ثلث بدل الكتابة ايضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على ما لو كاتبه اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لم يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق التدبير ثبت كاستحقاق ام الولد جميعا بالاستيلاد ولو كاتب ام ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وعرف ان التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته سنتين ثم طلقها ثلثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر بجواز ان لا يموت المولى قبله واذا ثبت ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه بخلاف ما لو كاتبه اولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا شيء من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الآخر ان التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر كما لو اوصى لعبد انسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصي وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف ما لو كاتبه اولا ثم دبره لان حقه عند التدبير احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى او مال رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه تخير بعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده العتق يتجزى وقد تلقاه جهة حرية فيختار ايهما شاء وعن ابي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا اقل المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لانه ثلثهما سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند ابي حنيفة يتخير بين ان يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في اقلهما عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لانه مولود في كتابتها فيتبعها في عقد الكتابة ببقائه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشيء لانه ما ادى عنه شيئا انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت احق به فكان اداء من ادى احدهما او كلاهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولا مال له في كتابته من امه فعليه ان يسعى في جميع الكتابة لانه قائم مقام ابيه وانما يسعى لتحصيل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاد لما اشترك كل من المدبر وام الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير انسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه فالاستيلاد مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص وهو طلب ولد امته التي استحلها

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها

اي باب بيان احكام هذا الاستلحاق الثابتة في الام واصله استولاد ومثله يجب قلب واو ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وام الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وميزات النسب في عرف الفقهاء جعل من ملك وهي الامة التي ثبت ولدها من مالك كلها او بعضها

قوله واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما لثبوته فمعنى العبارة تصور وذلك لانه يجيء انما اذا ولدت منه صارت ام ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي ولذا ترتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها انتهى بل اذا مات ولدها تحرر عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا يسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كما ذهب جمهور الصحابة رضي الله عنهم والتابعين والفقهاء الاربعة ويحتج بكثير المروي وبعض الظاهرية فقالوا لا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه ابو داود وقال الحاكم على شرط مسلم واخرج النسائي عن زيد العمي الى ابي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح بجزمهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم لجمهور بما في رواية ابي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب بن صالح عن امه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن غيلان فذكر البيهقي انه احسن شيء روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا قالت قدم ابي علي في الجاهلية فباعني من الخباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الخباب ثم هلك فقالت امرأته الآن والله تباعين في ديته فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امرأة من خارجة قيس بن غيلان قدم ابي علي المدينة في الجاهلية فباعني من الخباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت الي امرأته الآن تباعين في ديته فقال عليه الصلوة والسلام من ولي الخباب قيل اخوه ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق قدم علي فاتوني عوضكم قالت فاعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم رقيق فعوضهم بي غلاما ولا يخفى ان هذا لا يدل على انها تعتق بمجرد موته بل على انه سالهم ان يعتقوها ويعوضهم لما استرقت قبله عليه الصلوة والسلام بل يفيد انها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعي في ذلك من انها عتقت ولم يامرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه الصلوة والسلام بالعوض ثم يحتمل ان يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما فسره البيهقي وان العوض من باب الفضل منه عليه افضل الصلوة والسلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله انه قال يعني في مارية القبطية اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجة عن ابن عباس قال ذكرت ام ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وطريقه معلول بابي بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وحسين بن عبد الله بن عبيد الله بن عباس وبسند ابن ماجة رواه ابن عدي في الكامل الا ان اعله ابن ابي سبرة فقط فانه يرى ان حسينا ممن يكتب حديثه واخرج ابن ماجة ايضا عن شريك عن حسين بن عبيد الله عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته رواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح الاسناد وهذا توثيق لحسين ورواه ابو يعلى الموصلي في مسنده ثنا اسمعيل بن ابي زياد ثنا ابي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا قال ايما امة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه احمد عن ابن عباس رضي الله عنه مرفوعا ايما رجل ولدت منه امته فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول واذا قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه

لقوله عليه السلام اعتقها ولدها اخبر باعتاقها فـــــــ

ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان المائين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب حكما موجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لا يعتق بموتها وثبوت عتق موجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها الا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بموته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله

يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه واستمراره وكان ابو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها بما حبلت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى ان يثبت المزيل **قوله** ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان المائين الذين خلق منهما قد اختلطا وهو جزؤهما بحيث لا يتميز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان تلك الجزئية اوجبت نسبتها اليه بواسطة الولد بالانفصال تقرر ذلك حتى قيل ام ولده فقد بقي اثرها شرعا واليه اشار عمر رضي الله عنه فيما رواه محمد بن قارظ قال اشتري ابني امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر برردها وقال ابعدما اختلطت بحوكم بلحومهن ودماوكم بدمائهن الا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما موجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه ان المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعدما ولدت له ابنه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها اجاب المص بقوله ان بقاء الجزئية حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سوى النسب للرجال الى الآباء لا الى الامهات فكذا الحرية التي تبتنى على النسب بالمباشرة تثبت للمنفصل في حق الرجال لان النسب اليهم فيفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها وصارت ام ولد له تعتق بموته دون العكس اذ ليس النسب اليهن فيفرع عليه ما لو ملكت الحرة زوجها العبد بعدما ولدت له لا يعتق بموتها اذ لما تعلق بالآخر بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت امة لرجل بزنى ثم ملكها لا تكون ام ولد له فلا تعتق بموته واورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومة بلا ثبوت نسب اجيب بانه قد ثبتت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم يثبت دون نسب والحق ان ثبوت الامومة في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا في القضاء فبكل من ثبوت نسب الولد والاقرار وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد ام ولده والزوجية **قوله** وثبوت عتق الخ يعني قد ثبت بما ذكرنا انه يثبت لها عتق موجل ويلزم من ثبوت عتقها موجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل ان يقول ثبوت العتق الموجل الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حر مع ذلك لم يمتنع البيع قبله ان بيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بانهن لا يبعن ولا يوهبن بمعنى الجزئية التي اشار اليها عمر رضي الله عنه **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الآخر مملوكا لغيره بان كانت مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدها ثبت نسبه وتصير ام ولد له فهذان حكمان وقع التشبيه في احدهما وهو امومة الولد لا ولم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه هو قوله لان الاستيلاد لا يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي الفتنة فتصير كلها ام ولد له يتضمن قيمة نصيب شريكه بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزى ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدمه في باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه

قال ولد وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك فيها باق فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي رحمه الله يثبت نسبه منه وان لم يدع

فلا تناقض فصار الحاصل ان الاستيلاد لا يتجزى اى لا يكون بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا لضرورة لانه مبنى على ثبوت النسب وهو لا يتجزى واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المص انه يتجزى فى باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة واما تعليل بثبوت النسب فانما هو لوجود الدعوة فى المملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفى لصحة الاستيلاد **قوله** ولد وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قائم فيها وهو مطلق لهذه الامور فاشبهت المدبرة ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف فى الاجارة ويملك كسبها واعتاقها وكتابتها واورد ينبغى ان لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بماء المولى قائم وتوهم الشغل مانع من النكاح كما فى المعتدة غير ان المعتدة جعل لها الشرع حالا يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغى ان لا يصح قبله واجيب بان جواز النكاح كان ثابتا قبل الوطى وقع الشك فى خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها قد تحقق خروجها عنه بعلة نكاح الغير فلا تعود الا بسبب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله ولقائل ان يقول اذا لم ان احتمال الشغل مانع ولا شك فى ثبوته بعد الوطى لم يخرج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب ان يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المص فى فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال وان زوج ام ولده وهى حامل منه فالنكاح باطل لاشتغال المولاها حتى يثبت نسب ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفى ولدها بالنفى من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل فاذا كان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل وهذا حق لما عرف عن مسئلة ما اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطى مع ان احتمال الشغل ثابت لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطى لانتفاء الجمع بين الفراشين ولذا جاز عند ابى حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير انه لا يحل وطيها اذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها وح فالجواب الحق منع كون احتمال الشغل مانعا فلذا جاز النكاح عقيب وطيها وان كان لا يستحب او يجب الاستبراء انما المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش ام الولد ليس قويا على ما صرح به فى المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة الا ترى انها منتفية لثبوت نسب ما تاتى به فنفى تزوجها جمع بين الفراشين **فرع** اذا باع خدمة ام ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه وعن ابن سماعة عن ابى يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منها حيث تعتق **قوله** ولا يثبت نسب ولدها اى ولد الامة لام الولد رجع الى المذكور اول الباب فى قوله اذا ولدت الامة من مولاها فلا يثبت نسبه الا ان يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثورى والبصرى والشعبى ومروى عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعى ومالك واحمد رحمهم الله يثبت اذا اقر بوطيها وان عزل عنها الا ان يدعى انه استبرأها بعد الوطى بحيضة وهو ضعيف فانهم زعموا انها بالوطى صارت فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبرأها

لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر افضاء اولى قلنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة

مع ان الحامل تحيض عند مالك والشافعي لا يفيد الاستبراء وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب ان لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبارا للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكما بالغالب ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند مالك مثله عن احمد وهو وجه مضعف للشافعية

قوله لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في ان النسب يثبت بما تاتي به الامة بمجرد وطيها وهو انه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تاتي به المنكوحة بعد العقد وان لم يعلم الوطي لوجوده بعد المفضي الى الولد فثبوته بعد وطي البالغ وانه اكثر افضاء الى وجود الولد اولى وانما قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان يعقد وضع للولد ولنا ان وطي الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع من قصده وهو سقوط تقومها عند ابي حنيفة ونقصانه عند هما وكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزم بمجرد الوطي وما قيل الوطي قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما علمتم فيبقى على الاصل من العدم واعلم ان اصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رض قال اختصم عتبة سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن اخي عتبة بن ابي وقاص عهد الي انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا اخي يا رسول الله ولد على فراش ابي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي واجيب بانه عم انما قضى به لعبد بن زمعة على انه عبد له ورثة لا على انه اخوه ولذا قال هو لك ولم يقل هو اخوك يا عبد وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان اخا لها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع بانتفاء لازم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بان في رواية اخرى هو اخوك يا عبد واما الامر بالاحتجاب فلما راى من الشبه البين بعتبة فيدفع الاول بان هذه الرواية ح معارضة لرواية هو اخوك وهي ارجح لانها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة والشبه لا يوجب احتجاب اخته شرعا منه والا لوجب الآن وجوبا مستمرا لان كل من اشبه غير ابيه الثابت نسبه منه يجب حكما للشبه احتجاب اخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذ قوله الولد للفراش ينفي به نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعني الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة وزمعة فهو ح عبد لك يا عبد ميراث لك من ابيك واعلم انه روي عن الامام احمد اما الميراث فلك اما انت فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فتصريحه بانه ليس اخا يفيد انه ليس اخا لعبد بن زمعة وبه تقوى معارضة رواية هو اخوك وقوله اما الميراث فله يفيد انه اخوهما فاما ان يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه او يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقية وهو ان يخلقا من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب ان يترتب على الاخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتا بثبوت النسب بما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا فاما ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منع وقد قال تعالى لهن لستن كاحد من النساء وعلى هذا يجب حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش بمعنى ام الولد ح فقوله هو لك اي مقتضى لك ويكون الراوي انه اخوك كما هو الرواية الاخرى واما ما نقل عن عمر بن الخطاب انه قال ما بال رجال يطؤن ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تاتيني وليدة يعترف سيدها انه قد الم بها الا الحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك او اتركوا رواه الشافعي رض فمعارض بما روي عن عمر رض انه كان يعزل عن جاريته

فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار صناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه دعوى الولد الاول بعين الولد مقصودا منها فصارت
فراشا كالمعقودة بعد النكاح الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة
حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتاكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة
فان كان وطيها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم
يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر اخر هكذا روي عن ابي حنيفة

فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتفت واسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس
انه كان ياتي جارية فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن زيد ابن ثابت انه كان يطئ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت
بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال كذبت ما وصل اليك مما يكون منه الحمل ولم يلتفت مع اعترافه
بوطيها والمروي عن عمر من قوله انه يلحق بالواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك انا بينا ان الواطئ اذا
لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكار اولاد الاماء مطلقا فقال لهم اني ملحق بكم اياهم مطلقا واما من
علم منه الاعتدال في الامر بان يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفي من يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك اي بعد ان
اعترف بولدها الاول ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول تبين كون الولد مقصودا من الوطئ فصارت فراشا
وبهذا تبين ان الاولى في تعريف الفراش كون المراة مقصودا من وطيها الولد ظاهرا كما في ام الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى
ذلك وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد الولد يثبت نسب ما ياتي به فانها تكون متعينة بثبوت نسب ما ياتي به وهو الذي عرفوا
به الفراش وظهر ان ليس الفرش ثلثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي هو فراش المنكوحة وضعيف وهو فراش ام الولد
بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة يبقى نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها الا باللعان وقد صرح هو فيما
تقدم ان الامة ليست بفراش لمولاها وذلك لعدم صدق حد الفراش عليها وهو كون المراة متعينة لثبوت نسب ما تاتي به او كونها
يقصد بوطيها الولد الى آخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي انه لو اعترف فقال كنت
اطاء لقصد الولد عند مجيئها بالولد ان يثبت نسب ما اتت به وان لم يقل هو ولدي لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على ان وطيه لقصد الولد
وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس ينبغي انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كنا فوجب عليه في هذه
الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء واظن ان لا بعد في ان يحكم على الموجب
بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه اي نفي ولد ام الام اذا لم يقض القاضي به او لم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله بالتطاول
دليل اقراره لانه يوجد منه فيما دليل اقراره من قبيل التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم في التطاول سبق في اللعان هذا اذا
يثبت نسب ما تاتي به في حال حل وطيها له بعد الولد اما لو عرض بعده حرمة موبدة بان وطيها اب سيدها او ابنه او وطئ السيد امها او ابنتها
او حرمت عليه برضاع او بكتابة فانه لا يثبت نسبه الا باستلحاقه ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تاتي به لاقل من ستة اشهر من حين عروض
الحرمة او لتمامها ففي الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض الحرمة ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى سنتين
من يوم الاعتاق وكذا اذا مات لانها معتدة ولا يمكن نفيه لان فراشها تاكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة
بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحيض او نفاس او صوم او احرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها بل مع
ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المقتضي عادة بلا اختيارها **قوله** وهذا الذي ذكرناه يعني من عدم لزوم الولد وان اعترف بالوطئ ما لم يدعه حكم
اي في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن ابي حنيفة انه ان

وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف وعن محمد ذكرناهما في كفاية المنتهى وان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا يرى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذا الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره

كان عين عليها لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه عن قبل الله تعالى ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها حصنها او لا او لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مامون جاز له ان ينفيه لانه هذا الظاهر وهو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم زنى المسلمة يقابله اي يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذلك وهما العزل او عدم التحصين وههنا ظهران لفظا وفي قوله وان عزل عنها او لم يحصنها اولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح في المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه انتهى ولا شك في ان كونه من غيره عند فسط العزل ظاهر واما ظهور كونه من غيره اذا افضى اليها ولم يعزل عنها محل نظر بل اورد ان المعتمد علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بانه سبب الانزال ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطي وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى انه لا احد يقول بثبوت نسب ما تأتي به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل انه يثبت عزل عنها او لم يعزل وهذا فرع الانزال وح فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز ان يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز ان لا يستلحق نسب من ليس منه فكان الاستلحاق مبنيا على اليقين او الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكا **قوله** وفيه روايتان آخرتان عن ابي يوسف ومحمد ذكرهما في المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعي والجمهور لان ما ظهر بسببه يكون محالا عليه حتى يتبين خلافه عن محمد لا ينبغي ان يدعي ولدها اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد وفي الايضاح ذكرها بلفظ الاستحباب فقال قال ابو يوسف احب ان يدعيه وقال محمد احب ان يعتق الولد وعبارة المبسوط يفيد الوجوب **قوله** فان زوجها المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم امه حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لاحد ولد استخدامه واجارته الا انه اذا كان جارية لا يستمتع بها لانه وطي امها وهذه اجماعية وهي واردة على اطلاقه حيث قال هو في حكم امه وهذا لان الصفات القارة في الامهات تسري الى الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا وان كان ابوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه اقوى فان كان النكاح فاسدا فانه يلحق بالصحيح في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزى ثبوتا فلا يثبت من المولى والا وجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكره وقول المص لان الفراش يقتضي ان لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير اصلا وهذا اذا جاءت به لستة اشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد فيستحب بل يجب ان لا يزوجها حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف انه ابنه من امته تعلق حرا كما تقدم غير انه عارضه في ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم تعارضه في ثبوت الحرية ذلك فاخذ بمؤخره ولم يستحسن قول المص وتصير ام ولده لان الكلام في تزويج ام الولد وانما يحسن لو كان في تزويج الامة التي ليست ام ولد كالصورة المذكورة في المبسوط

ويعتق الولد ويصير امه ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عنده ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم

زوج امته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه ولكن تصير ام ولد له تعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية وقد تكلف له ان قوله ولد الفتنة قرن ابتداء وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد الفتنة من نسبه يثبت من الزوج اذا زوج مولاها قرح يستقيم الا انه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف الام الى الولد فيكون ابن ام الولد بمنزلتها قوله ويعتق الولد اي ولد ام الولد المزوجة الذي ادعاه يعتق لانه ملكه وهو يزعم انه ابنه وتصير امه ام ولد له تعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية حيث ادعى ان ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل حتما اعترف بانه علق الولد من الاصل فان قيل فكيف يثبت امومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه اجيب بان مجرد الاقرار بالاستيلاد كان لثبوت الاستيلاد وان كان في ضمن ما لم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع ان احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطي قبل النكاح الا انه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبرا في الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق قوله واذا مات المولى عتقت يعني ام الولد من جميع المال لحديث سعيد من المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله ولا سعاية الخ لقوله لما روينا اي لانه صلى الله عليه وسلم نفى السعاية عنها حيث قال وان لا يسعين وما قيل وان لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ مفروض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره انه غريب قال وفي الباب احاديث وساق كثيرا من قدمناها مما ليس فيه زيادة على انها لا تملك وتعتق بالموت ولا يخفى ان كلها في غير المقصود فان المقصود انها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد من المسيب الا ان جماعة تعللوا في عبد الملك قوله ولان الحاجة الى الولد اصلية كحاجته الى الاكل اي حاجته الى امه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاده جارية ابنه بتسبيبه اذنه لحاجته اليه ووجود نسبه كما جاز له اكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذا لم تخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب ولم يتبعه امومية فلا يقدم حق المدبر على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان بين السيد مستغرقا سعى في كل قيمته على ما سلف قوله ولانها اي ام الولد ليست بمال متقوم عند ابي حنيفة على ما تقدم حتى لا تضمن بالغصب عنده يعني اذا ماتت عند الغاصب عتقت انها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب فانه يضمن وكذا لا يضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين اثنين فاعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسعى هي في شيء ايضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بما يضمن به الصبي الحر عند ابي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فاتلفها واجمعوا انها تضمن بالقتل لانه ضمان دم وان لم يكن مالا متقوما لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لاصحاب الديون ان يطالبوا من عليه القصاص بديونهم لان القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا بمقابلته ما وجب عليه من القصاص بمال وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل خلا مديونا

واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتبة لا تعتق حتى تؤدي السعاية تقريرا لتعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا اختيار
فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعد ما اسلمت يجب وذلك بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا
ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يتمكن دفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانتفاعها على الكسب نيلا لشرف الحرية
فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت هي مفلسة تتوانى في الكسب وبالية ام الولد يعتقها الذمي مقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فهي
محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين لو ملك مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد ولو عجزت
في حيوته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة لعتقت مكاتبة لقيام الموجب وهو استولادها غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي رحمه الله لا تصير ام
ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور

وعتق المديون قبل موته صحيح وليس لارباب الديون ان يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص
شيئا لانه ليس حقا ماليا والاقرب المتبادر الاول **قوله** واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها يعني اذا اسلمت فعرض الاسلام على مولاها فابى
فانها تجبر بها القاضي عن ولايته بان يقدر قيمتها فيجبرها عليها فتصير مكاتبة الا انها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لو ردت الى الرق ردت الى الكفر وهو
اسلامها وهو الموجب فلا فائدة في اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا اسلم مدبر النصراني وتسميته مثل هذا دورا على التشبيه والا فاللازم ليس الا ما ذكرنا من
عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر انها لا تقدر الا بذلك والا لو وجدت المال في الحال لم يحتج الى ذلك وقال زفر يعتق للحال اي لحال اباء
مولاها الاسلام فالسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة فان اسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو اسلم بعدها وقال مالك والشافعي
تعتق مجانا وقال الشافعي واحمد يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى ان يموت فتعتق بموته او يسلم فيحل
وجه قول زفر ان النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك في اعتاقها بالقيمة له بخلافه مجانا كما قال مالك فان اهدار
ما يجب له من النظر اذا امكن واما قول الشافعي ففيه زيادة اضرار به من ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرت غير ان قولنا
ادفع للضرر عنه فانه لا يصل الى البدل فيصيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب اذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر
الذمي بذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد قال علماؤنا ان خصومة الذمي والدابة يوم القيامة اشد من خصومة
المسلم بخلاف ما اذا وقف عتقها على الاداء فانه حامل على الايفاء وكان اعتبارنا اولى اذا كان النظر
للجانبين وقوله وماليته ام الولد الخ جواب سؤال يرد على ابي حنيفة في قوله بنفي ماليته ام الولد هو انها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء المالية عندك
فقال الذمي يعتقد تقومها فيترك وما يعتقده اي مع ما تعتقده لانا امرنا باعتبارها متقومة في حقه وقد تقدم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها
قنة مع الخلاف فيه ولو سلم انها ليست متقومة مطلقا في حقه فهي محترمة وهذا يكفي لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين
مستحقين اذا عفا احد الاولياء المستحقين لا يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا فليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله
بمنزلة ازالة الملك بل بدل فيتضرر الذمي الا ان هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب ام الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام ووجه ايضا
بان بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوم ام الولد وانت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند ابي حنيفة
بدلا هو مال خارج اليه وان كونه بدل ما ليس بمال قول محمد واذا ماتت مولاها النصراني عتقت وسقطت عنها السعاية لانها ام ولد له **قوله**
ومن استولد امة غيره بالنكاح يعني تزوج امة لغيره فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا
وهو قول احمد في رواية وقال الشافعي لا تصير ام ولد له وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها ثم عندنا تصير ام ولد له من وقت
ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب لان امومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولد لها
ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيها وصف الامومية بعد الملك وان كان بامر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الامومية
ويتفرع على هذا ان لو ملك ولدا لها من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس بابن ام ولد له بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها
فانه يعتق اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشتراها الكل صارت ام ولد له وعتق ولده ولدها من غيره يجوز

له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فيثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حرا لاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد

ببيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من غيره فانه في حكم امه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت لو نكح على انها حرة فظهرت امة تصير ام ولد عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير ام ولد وفي آخر لا تصير ام ولد وهو ولد المغرور وهو حر بالقيمة يوم الخصومة **قوله** له اي للشافعي انها علقت برقيق فلا يكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا لم ملكها الزاني وهذا لان امومة الولد باعتبار علوق الولد حرا وانما قلنا ان الامومة باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر فلا بد ان تستحق هي الحرية واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بان الرق في ام الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقريره المذكور يدفع بلا الاعتراض وانما اقتصر المص اقتصارا للعلم بقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزءها جزء مقتضاه حريتها اذ لا يخالف الجزء الكل الا ان الاتصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزء حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبتت حق الجزئية علا لبشهي الحرية وعدمها لما بقي منها في الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا علقت برقيق وتايد هذا بقوله ام ايتها امة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته فتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها وبذه ولدت من زوجها ولنا ان سبب الامومة في محل الاجماع وهو الاصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل يعني عند قوله اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بسبب الولد والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل منهما كملا فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الجزئية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الامومة بخلاف الزنا فانه لا نسب يثبت للولد من الزاني فيه فلا تصير الامة التي جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزاني ام ولد له استحسانا خلافا لزفر حيث قال تصير ام ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغي ان لا يعتق الولد اذا ملكه ابوه من الزنا اذ كان لا ثبت نسبه منه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره اي نظير ام الولد من الزنا حيث لا يعتق عليه لعدم انتسابه الى ابيه من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لانه لا ينسب اليه بغير واسطة بل بواسطة نسبته الى الولد وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما اذا كان اخاه لامه فصار الحاصل ان الامومة تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك او ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله عم ايما امة الحديث ليس فيه قصر الامومة على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح تعليقه ثبوت نسبه بما يأتي به منه تثبت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لانا ننفي المفهوم المخالف وهم وان اثبتوا قدموا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الامومة لزم على المذهبين الا انه يشكل على تعليلنا اذا ادعى نسب ولد امته التي زوجها من غيره فان نسبه انما يثبت من الغير لا من السيد وتصير ام ولد له وجوابه ان ثبوت الامومة لاقراره بثبوت النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان دائرا مع ثبوت النسب شرعا اذ اعترافا وهما يتنفي منه الامومة ما ذكر فيه الايضاح امة جاءت بولد فادعاه اجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى او كذبه فان ملكه المدعي عتق ولا تصير امه ام ولد له **قوله** واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد للاب سواء كان الابن وطئها او لا لان حرمة الوطئ لا تمنع ثبوت النسب كوطئ الحائض وعليه قيمتها لانه ملكها قبل الوطئ بالقيمة ليقع الوطئ في ملكه وليس عليه عقرها بسبق ملكه الوطئ ولا قيمة ولدها لانه انعلق

وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال بقاء الاب ولو كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت نسبه من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزأ لما ان سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين

بر التقدم الملك على الام وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في باب النكاح الرقيق من كتاب النكاح للشافعي قولان احدهما تصير ام ولد وتضمن قيمتها وهو بناء على اثباته الملك حكما لو اعلى اذ لو اثبته سابقا عليه لم يتجه ايجاب المهر والقول الآخر لا تصير ام ولد ويلزم المهر لانه لم يملكها وهو قول احمد وعلى هذا يستمر على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت او لا واذا كان تملكها لا نما عرف انه لا يصح دعواه ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عرف بخرجها فقد اخرجها باللفظ والا فبالحكم المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق اذا وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء او رد ولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم يصح دعوته الا ان يصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي ذلك وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه اما العتق لو ادعاه بعد افاقته وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان الفترة لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند ابي حنيفة ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه يملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لاسيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ **قوله** وان وطئ ابن الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فان الجد يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او لحق وقضي بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم استردها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب **قوله** واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كانت في المرض او الصحة وهذا اذا ادعى احدهما واعتق الآخر معا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي ولفظ في يحمل على معنى من التي لابتداء الغاية اي ثبت من نصف الامة المملوكة له لا تكون للتعليل كقوله م امرأة دخلت النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله ثبت في الباقي بيان عنه وحاصل المعنى انه ثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى ثبوته من امرأة فثبوته عن بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سياتي انه ثبت من رجلين بالنسبة الى امرأة واحدة لانا نقول ليس في ذلك تجزيه من امرأة لان النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها للواحد ومن البعض الآخر وانما لا يتجزى لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امرأة بان يعلق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الآخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سياتي فعدم التجزي ان لا تعلق

وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له خويتملك نصيب صاحبه
اذ هو قابل للملك ويتمشى بنصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب
صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هنالك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدم فصار واطئا
ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يعلق شيء منه على ملك الشريك

الولد بنصفها **قوله** وصارت ام ولد له اتفاقات اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا تتجزى ثبوت النسب فلا يصير نصفها ام ولد له ثم يتملك
نصف شريكه بل تصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الآخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزي الامومة كما امتنع
تجزي ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك
فتجازت امومته نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي او اعتاقه الى
آخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزي العتق اوجب ان لا يبقى بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق
وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى بعضها رقيقا وبعضها مستحقا للعتق
والحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها في حق الامومة بل التجزي في الابتداء ثم يتم الكل عنده وعندهما صارت
ام ولد من اول الامر ثم لا يخفى ان تعليل يملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال انه
للتجارة والعلم ولو قيل لا من الطريق عد جنونا وكونه افسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز
تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضي الشريك بترك تضمينه فليصير نصفها ملكا له
ونصفها ام ولد للآخر فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر ويسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا
من النص الدال على انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطيها الذي علقت منه
وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه
وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطئ وبابتدائه يثبت بالمهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد
بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصاب حصته ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المص وقد ملأ الكتاب
من ذلك واوله ومن باب من تجوز دفع الصدقة في خلافية زفر فيها اذا دفع النصاب الفقير منعة زفر لان الدفع قارن الغنى فاجاب
بانه حكم الدفع فيتعقبه ثم لم يزل مكرره في كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابي يوسف ان كان
المدعي معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكه ثبت
شرطا للاستيلاد لانه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدم ليقع الوطئ في ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق
ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطئ اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد
الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد ومنه الوطئ فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها
لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه يثبت في ذلك مثل ذلك الوقت ايضا فلم يعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن
له شيئا واعلم ان مقتضى ما ذكره المص من ان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ذلك نصيب شريكه
فيحصل مملوكا النصف له ونصفه لشريكه واستيلاد النسب الى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شيء على ملكه لا يقال
يمكن كونه اراد بالاستيلاد في قوله حكما للاستيلاد الوطئ لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق او على مجموع الوطئ مع الانزال والعلوق

وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا ان الولد لا ينخلق من مائين متعذر فعلمنا بالشبه وقد سر رسول الله عليه السلام بقول القائف في اسامة رض

اما مجرد الوطي بلا انزال فلا لو سلم لم يصح ثبوت الملك ح لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد صيرورتها ام ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها في الاصح لا يفيد لان نقله مع العلوق ايضا بلا موجب لانها ما لم تصر ام ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقب للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لانه ح مار مهين لا قيمة له فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك المار هذا اذا حملت على ملكهما فان اشتريا حاملا فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يمكن استناد الاستيلاد الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه تضمن تغيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطي لم يوجد في ملك شريكه **قوله** وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها وعلى قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو اعتقها احدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر فيلتقيان قصاصا بما له على الآخر وفائدة الايجاب العقر مع التقاص له ان احدهما لو ابرأ احدهما عن حقه لقي حق الآخر وايضا لو قوم نصيب احدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد فهذه احكام دعوتهما ذكرها القدوري منها انه للباقي منهما حتى اذا مات احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المص بينهما بوجه كل منهما فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسيفيده بما اذا لم يكن مع احدهما مرجح فلو كان بان الشريكان ابا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيد هنا بما اذا حملت على ملكهما وبوان تلده لتمام ستة اشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك احدهما نكاحا ثم اشتراها هو وآخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشراء فادعياه وهي ام ولد المزوج فان نسبه صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا تبقى رقيقة عنده فيثبت في نصيب شريكه ايضا وايضا ما اذا حملت على ملك احدهما رقيقة فباع نصفها من آخر فولدت يعني لتمام ستة اشهر من بيع النصف فادعياه يكون الاول اولى لكون العلوق في ملكه واذا كان الحمل قبل ملك كل منهما بان اشتريا امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكاها او ولدته قبل ملكهما اياها فاشتريا فادعياه لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف الاستيلاد بان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقد منا في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبد هذا ابني وامه في ملكه هل تصير ام ولد له او لا قيل نعم مجهول النسب او معلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على انه حكمنا حينئذ جهلنا بحال العلوق وبقولنا قال سفيان الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي بقوله في القديم ورجع عليه احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القائف فان لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب

ولنا كتاب عمر رض الى شريح في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما وهو ابنهما يرثهما ويرثانه وللباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب

الى ايهما شاء فان لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا لا يثبت له نسب من غير امه والقائف هو الذي يتتبع آثار الاقدام في الابناء وغيرها من الآثار من قاف اثره يقوفه مقلوب فقا اثره مثل راء مقلوب راى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن مدلجي فغيره وهو قول احمد وقال به مالك في الاماء وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من مائين لانها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعملنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو الحقوه بما لا يلحق وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا الحقوا بها وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف حيث سر رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما اخرج في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة رض قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عائشة الم تري ان مجززا المدلجي دخل علي وعندي اسامة بن زيد وزيد عليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داود وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب عمر رض الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه فكتب اليه عمر رض لهما البسا فلبسا فليس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما ثانيهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم بذلك قال ولانهما استويا في سبب الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فلا يقبل التجزي كالارث وما ذكرنا يثبت في حقها على التجزية وما لا يقبلها كالنسب وولايتها الانكاح يثبت لكل منهما كملا كان ليس معه غيره واعلم ان المعروف في قضية عمر رض هو ما قال سعيد بن منصور ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رض في امراة وطيها رجلان في طهر فقال القائف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما وقال الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما ابواه يرثانه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امراة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رض فدعى القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما فالحقه لهما فجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعى عمر القافة واقتدى في ذلك ببعض القافة والحقه احد الرجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما دعى عمر رض القافة فرأوا شبهة فيهما ورأى عمر مثل ما رأى القافة قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلد لا كلب فيكون كل جزء لابيه ما كنت ارى ان مائين يجتمعان في ولد واحد اسند عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة قال رأى القافة وعمر جميعا شبهة فيهما وشبهانه فيه وقال هو بينهما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن المسيب فقال نعم هو للآخر منهما وقول المصنف من على مثل ذلك يشير الى ما اخرج الطحاوي في شرح الآثار عن مالك عن مولى لآل مخرمة قال وقع رجلان في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من ايهما هو فاتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما ويرثانه وهو للباقي منهما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفيان الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن علي قال اتاه رجلان وقعا على امراة في طهر فقال الولد منكما وهو للباقي منكما ضعفه البيهقي قال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن ابي ظبيان عن علي قال وقد روي عن علي مرفوع خلاف ذلك ثم اخرج من طريق ابي داود ثنا جيش بن هرم ثنا عبد الرزاق انا الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال اتى علي رض وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امراة في طهر واحد فسأل اثنين اتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سألهم جميعا فجعل كلما سأل اثنين

وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقها التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره

قال الفاقع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى واعلم ان ابا داود رواه ايضا موقوفا وكذا النسائي عن علي رضي الله عنه باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه وغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبه وهو حسن يبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما تحصل من هذا انه صلى الله عليه وسلم سر بقول القافة وان عمر رضي الله عنه قضى على وفق قوله وانه عرم لم ينكر اثبات على النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك هو سروره بقول القافة فاجاب المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة لما تقدم من ابي داود انه كان اسامة اسود وكان زيد ابيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون القافة فكان قول القافة مطفئا لطعنهم فسروره لا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التاذي بنفي نسبه وظهور خطائهم والرد عليهم ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقا في نفسها فيكون متعلق سروره ايضا وليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على ثبوت حقيتها ولم يثبت بعد وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حديث قال عرم فيه ان جاءت به اصيهب اشيخم خمس الساقين فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا حماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وجه هي القيافة والحكم بالشبه واجاب اصحابنا بان معرفته ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا القيافة وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه ان يعرف انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به يشبه الزوج او لا لحصول الحكم الشرعي ح بانه ليس ابنا للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد واجيب ايضا بانه لا يلزم عن حقية قيافته صلى الله عليه وسلم حقية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا باعتبار امور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ثم انه عرم سر بفعل علي رضي الله عنه وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريقة صحيحة لتقريره عرم اياه بل سروره فان الضحك دليله مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه يبقى ما ثبت عن عمر رضي الله عنه من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروي عنه في قصة تشريح الحفا بها وعدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه لكنهما اذا ما لا يسميان الا عن قوي امين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن المسيب في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول لانه سعيد روى عن عمر رضي الله عنه وبالجملة فلا خلاف في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر رضي الله عنه بالقافة لزم ان ذلك الاحتمال في سروره عرم وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت والشافعي لزمه لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد ان فعل عمر رضي الله عنه كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين ادخل محل الاجماع عن الصحابة وهو طرد لاحد الامرين اما سروره عرم لم يكن متعلقا الا برد طعنهم او ثبوت نسخه به بقول الا انا لا نقول انه من باها كما يفهم من بعض الروايات ان الماءين لا يجتمعان في الرحم الا متعاقبين فاذا فرض انه خلق من الاول لم يتصور خلقه من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه قوة وفي بصره واعضائه واما التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل لا تحيض فاما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من ماء احدهما

الا اذا كان احد الشريكين ابا لآخر وكان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ماله من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به وكانت الامة ام ولدهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها ام ولد تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لاستوائهما في السبب اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف رح انه لا يعتبر تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن

ثم كما يثبت نسبه من اثنين ثبت نسبه من ثلاثة واربعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد رح لا يثبت لاكثر من ثلثة لقرب الثلثة من الاثنين ولابي حنيفة رح ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يقضى للمرأتين فلا يلحق الامام واحدة ولا فرق بين كون الانصباء متفاوتة او متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم لانه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند ابي حنيفة يقضى به بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضى به بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين **قوله** الا اذا كان احد الشريكين ابا للآخر استثناء من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما مكملا وفي المبسوط امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم اولى لاجتماع الحرية والاسلام فيه مع الملك فانه لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي اولى لانه حر والمكاتب والعبد وان كانا مسلمين لكن يبدأ الولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتبا فادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه ليس لهم ملك لاشبهة قيل ويجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له امة ولا يتعين ذلك بل ان تزوج منها ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وعزم كل لصاحبه نصف العقر **قوله** وكانت الام ام ولد لهما لصحة دعوى كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لانه لم ينتقل اليه من نصيبه شريكه شيء **قوله** ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة في حقه ويرثان منه ميراث اب واحد لان دعوى كل منهما الانفراد بالابوة لا يسري في حق الآخر وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما اذا اقاما البينة على شيء يصير مشتركا بينهما فكذا اذا اقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع **قوله** واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر فح يثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابي يوسف رح لانه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه بجامع ان الموطوءة كسب المدعي او بطريق اولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى اولى وجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية المكاتب ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه والاب يملك تملكه لحاجته على ما عرف فلا معتبر بتصديقه وهذا بخلاف الوارث يستولد امة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة باعطاء قيمته فليس احد احق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعي ولدا لمبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه وجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وهنا ان حصل العلوق في ملك المولى لرقبة

وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق كان لصحة الاستيلاد لما ذكر وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في حد المغرور وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

المكاتب لكن لم يحصل في ملكه لما بينا ملكا خاصا واعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب الحجر بل غايته انه اعترف له انه وطئ الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذا لم يرتفع به المانع من ثبوته الا يرى انه لو اقام البينة على انه وطئها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق فظهر اشتراط التصديق وقد يجاب بان هذا الحجر بحق آدمي لكونه هو احق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق به منه الا ان يصدقه بخلاف ان يكذبه بان يدعيه هو فلا به من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا اقام بينة على الوطئ فان تكذيبه قائم واعتبار التصديق ليس باستعلام الوطئ قطعا بل تقديما للاحق على غيره بخلاف احد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الآخر لانه ليس احدهما احق من الآخر **قوله** وعليه عقرها للمكاتب لانه اي لان وطئه المدلول عليه بقوله فاذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لان ماله من الحق اي حق الملك كان لصحة الاستيلاد لما ذكر يعني قوله بعقبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطئ امته نفسه واذا وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطئ امتها اولى والبعد شارح فقال اي لما تذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان مجرد ثبوت حق في ذمة سيد امة لا يصحح استيلاد صاحب الدين فلنذكر تناوله من مكان بعيد وهو اقرب اليه من حبل الوريد **قوله** وقيمة ولدها عطف على عقرها اي وعليه قيمة الولد لانه في معنى الغرور حيث اعتمد دليلا وهو انه اي الجارية بتاويل الشخص كسب كسبه فلم يرض برقه حيث اعتمد دليلا يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور بشراء امة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا يعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق ان العلوق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لما لكها الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في قرب اوقات الامكان واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه امانة حبسها عن صاحبها تقديرا ثم لا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة لما في ام ولد المغرور بالمبيعة المستحقة لا يكون ام ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير ام ولد وبين قوله ان ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه اول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهو اكثرها دون بعض وليس كلامنا ليلزم نفي ما اثبته ثم اذا ملك هذا الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا اي من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد يوما من الدهر يثبت نسبه منه وكان ولدا له لقيام الموجب وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب **فروع** تقدم في رجل فجر بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير ام ولد له استحسانا وان اشترى الولد عتق الولد عليه وفي المحيط يجوز اعتاق ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا يفيد وفي جامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال

يعتبر يومها

کتاب الایمان

ولا تسعی فی دین و فی الکافی امة بین رجلین قالا فی صحتها ام ولد احدنا ثم مات احدهما یؤمر الحی بالبیان دون الورثة لانه یخبر
عن نفسه والورثة یخبرون بفعل غیرهم فان قال الحی هی ام ولدی فهی ام ولده ویضمن نصف قیمتها ولا یضمن من العقر شیئا لانه لما اقر
بوطیها بعد ملکها فلجعله استولدها بنکاح قبل ولو قال هی ام ولد المیت عتقت صدقته او کذبته لانه ان صدق فهی حرة فان
کذب فکذلک لاقراره بعتقها بموته ولا سعایة للحی لانه یدعی الضمان علی المیت وکذا للورثة لانهم یدعون علیه الضمان ان کذبوه
فی اقراره وان صدقوه فقد اقروا بعدم السعایة والله الموفق

کتاب الایمان

اشترک کل من الیمین والعتاق والطلاق والنکاح فی ان الهزل والاکراه لا یؤثر فیه الا انه قدم علی الکل النکاح لانه اقرب
الی العبادات کما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فایلاؤه ایاه اوجه واختص العتاق عن الایمان بزیادة مناسبة بالطلاق
من جهة مشارکته ایاه فی تمام معناه الذی هو الاسقاط وفی لازمه الشرعی الذی هو السرایة فقدمه علی الیمین و
لفظ الیمین مشترک بین الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالی لاخذنا منه بالیمین وقول الشماخ
وقیل لخطیئة رایت عرابة الاوسی یسمو الی الخیرات منقطع القرین اذا ما رایة رفعت لمجد تلاها عرابة بالیمین
ای بالقوة ثم قولهم انما سمی القسم یمینا لوجهین احدهما ان الیمین هو القوة والحالف یتقوی بالاقسام علی الحمل او المنع والثانی
انهم کانوا یتماسکون بایمانهم عند القسم فسمیت بذلک یفید انه لفظ منقول ومفهومه اللغوی جملة اولی انشائیة صریحة الخبر ثانیة اولی
یؤکدها جملة بعدها خبریة وترک لفظ اولی یصیر غیر مانع لدخول نحو زید قائم زید قائم وهو علی عکسه فان الاولی هی المؤکدة بالثانیة
من التوکید اللفظی وجملة اعم من الفعلیة کحلفت بالله لافعلن او احلف والاسمیة مقدمة الخبر کعلی عهد الله او مؤخرته نحو لعمرک
لافعلن وهو مثال ایضا لغیر المصرح بجزئیها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنی التوکیدی ستة
الحلف والقسم والعهد والمیثاق والایلاء والیمین وخرج بانشائیته نحو تعلیق الطلاق والعتاق فان الاولی لیست انشائیة لیست
التعالیق اما فی اللغة واما مفهومه الاصطلاحی فجملة اولی الشائیة مقسم فیها باسم الله او صفته یؤکدها مضمون ثانیة فی نفس السامع ظاهرا
وتحمل المتکلم علی تحقیق معناها فدخلت بقید ظاهرا الغموس او التزام مکروه کفر او زوال ملک علی تقدیر لیمنع عنه او محبوب لیحمل علیه
فدخلت التعالیقات مثل ان فعل فهو یهودی فان دخلت فانت طالق بضم التاء لمنع نفسه وبفتحها لمنعها فان بشرتنی فانت حر
وسببها الغائی تارة ایقاع صدقة فی نفس السامع وتارة حمل نفسه او غیره علی الفعل او الترک فبین المفهوم اللغوی والشرعی عموم
من وجه لتصادقهما فی الیمین بالله وانفراد اللغوی فی الحلف بغیره مما یعظم وانفراد الاصطلاحی فی التعلیقات ثم قیل یکره الحلف
بالطلاق والعتاق لقوله صلی الله علیه وسلم من کان حالفا فلیحلف بالله الحدیث والاکثر علی انه لا یکره لانه لمنع نفسه او غیره ومحل
الحدیث غیر التعلیق لما هو بحرف القسم ورکنها اللفظ الخاص واما شرطها فالعقل والبلوغ وحکمها الذی یلزم وجودها وجوب البر

قال الايمان على ثلثة اضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب
فيه لقوله عليه السلام من حلف يمينا صابرا لقوله عليه السلام من حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار
وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا فاشبه
المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة تتادى بالصوم ويشترط فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها
مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متاخر متعلق باختيار مبتدع وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق

فيما اذا عقدت على طاعة او ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضدهما وندبه فيما اذا كان ضد
المحلوف عليه جائزا وسيأتي واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث او يحرم لزمته الكفارة **قوله** اليمين على ثلثة اضرب يمين الغموس والاصح ان الاضافة
ليمين الغموس على الوصف لا الاضافة واليمين الغموس فاضافة الموصوف الى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعلم الطب ردبانه اضافة الجنس الى نوعه لان الطب
نوع لا وصف للمضاف ومثل صلوة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا لتغمسها صاحبها في الاثم ثم في اثار فعول بمعنى فاعلة بصيغة
المبالغة **قوله** فالغموس هي الحلف على امر ماض يتعمد الكذب به وليس هذا تقييدا بل الحلف على الحال ايضا كذلك كوالله ما الهذا على دين
وهو يعلم خلافه والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة واقرب الالفاظ اليه ما في صحيح ابن حبان من حديث ابي امامة
قال قال رسول الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرء مسلم حرم الله عليه الجنة وادخله النار وفي الصحيحين يلقى الله
وهو عليه غضبان وفي سنن ابي داود من حديث عمران بن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة
كاذبا فليتبوأ مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء الحكم اي المحبوس عليها لانها مصبورة عليها **قوله** ولا كفارة فيها الا
التوبة والاستغفار وهو قول اكثر العلماء منهم مالك واحمد رض وقال الشافعي فيها الكفارة لانها شرعت في الاصل وهي المعقودة
لدفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق في الغموس فيتعدى اليه وجوبها ولنا انها كبيرة محضة لما ثبت في صحيح البخاري من حديث
ابن عمر رض عنه عليه الصلوة والسلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم ويشترط
فيها النية فلا تناط بها اي بما هو كبيرة بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيه ذنب بان يحنث في موضع وجوب البر على ما ذكرنا
من التفصيل فهو متاخر متعلق باختيار مبتدأ غير مقارن متعمد بنفس اليمين كما في الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابداء
وصف في الاصل وهو كونه مباحا وادعاء كونه جزأ الموثر لكونه غير مناسب للحكم وقد نقض بالظهار ويجاب بان الموجب فيه العود
لا نفس الظهار قال تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف وبالافطار في رمضان ولو بجماع او زنى
اجيب الكفارة باعتبار النظر العدم المشتغل ويجب الحد باعتبار انهما في انفسهما كبيرة ولخصه آخر بان ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره
وهو الصوم فوجبه الحد بالاول والكفارة بالثاني ونقض ايضا بقتل المحرم صيدا عمدا واجيب بان عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله
في غير الاحرام والحرم لم يحرم وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الايراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة
وجعل المذكور من الاجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم المعصية لا تصلح سببا
للكفارة لكونها عبارة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح في الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل
جدا كانه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس منه قد يمنع لان اليمين في نفسه مباح او عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم و
هذا لا يسقط من قلب المؤمن الحالف تعمدا والا كانت كفرا وانما روج باطلة بفتحها ليس الا لعدم مطابقة المحلوف عليه او لقصده
ذلك وذلك خارج عن اليمين موجب لحرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمة السبب يمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل
بين كون الحرمة لعينه او لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جائزة او سائرة في ذنب اخف شرعيتها كذلك في ذنب اعظم

والمنعقدة ما یحلف علی امر فی المستقبل ان یفعله او لا یفعله واذا حنث فی ذلك لزمته الکفارة لقوله تعالی لا یواخذکم الله باللغو فی ایمانکم ولکن یواخذکم بما عقدتم الایمان وهو ما ذکرنا ویمین اللغو ان یحلف علی امر ماض وهو یظن انه کما قال والامر بخلافه فهذه الیمین نرجو ان لا یواخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان یقول والله انه لزید وهو یظنه زید وانما هو عمرو والاصل فیه قوله تعالی لا یواخذکم الله باللغو فی ایمانکم ولکن یواخذکم الآیة الا انه علقه بالرجاء للاختلاف فی تفسیره

کان اوجه وللشافعی رح ایضا الغموس مکسوبة بالقلب والمکسوبة یواخذ بها لقوله تعالی لا یواخذکم الله باللغو فی ایمانکم ولکن یواخذکم بما کسبت قلوبکم وبین سبحانه تعالی المراد بالمواخذة بقوله تعالی ولکن یواخذکم بما عقدتم الایمان فکفارته فبین ان المراد بها الکفارة والجواب ان المواخذة مطلقا فی الآخرة وهی المراد بالمواخذة فی المکسوبة والمراد بها فی المعقودة الکفارة کما ذکر قالوا الغموس داخلة فی المعقودة فتجب الکفارة بها فی النص من غیر حاجة الی زیادة تکلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط فی الشرع بالاسم العظیم بمعنی علی وجه حمله علیه فی المستقبل او منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل او لتوکید صدقه الظاهر فاذا طابق الخبر برّ وانحلت ولا شك فی ان بالحنث تنحل الیمین والغموس قارنها ما یحلها وهو ما لو طرأ علیها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها انعقادها کالردة والرضاع فی النکاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم یقارنها لانها عقدت علی امر فی المستقبل فما یحلها هو انعدامه فی المستقبل لا فی الحال وعلی هذا قیل الغموس لیست بیمین حقیقة لان الیمین الشرعیة تعقد للبر وهو غیر ممکن فیها وما قطع بانتفاء فائدته شرعا یقطع بانتفائه شرعا وتسمیتها یمینا مجاز لعلاقة الصورة کالفرس للصورة المنقوشة او هو من الحقیقة اللغویة وعلی احدهما یحمل قوله علیه الصلوة والسلام والیمین الفاجرة ونحوه علی ما ذکرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعی رح لیست سوی المکسوبة بالقلب وکون الغموس قارنها الحنث لا ینفی الانعقاد عنده وکونها لا تسمی یمینا لانها لم تعقد للبر لا شك فی تسمیتها یمینا لغة وعرفا وشرعا بحیث لا تقبل التشکیك فلیس الوجه الا ما قدمنا من ان شرعیة الکفارة لرفع ذنب اصغر لا یستلزم شرعها لرفع اکبر واذا ادخلها فی مسمی المنعقدة وجعل المنعقدة تنقسم الی غموس وغیرها عسر النظر معه الا ان یکون لغة او سمع وقد روی الامام احمد فی مسنده باسناد جید صرح بجودته ابن عبد الهادی عن رسول الله صلی الله علیه وسلم فی حدیث مطول قال فیه خمس لیس لهن کفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغیر حق وبهت مؤمن والفرار من الزحف ویمین صابرة یقتطع بها مالا بغیر حق انتهی وکل من قال لا کفارة فی الغموس لم یفصل بین الیمین المصبورة علی مال کاذبا وغیرها وصابرة بمعنی مصبورة کعیشة راضیة وتقدم ان المصبورة المقتضی لها لانها مصبور علیها ای محبوس والصبر حبس النفس علی المکروه ومنه قتله صبرا اذا لم یکن فی حال تصرفه ورفعه مختارا عن نفسه **قوله** والمنعقدة ما یحلف علی امر فی المستقبل ان یفعله او لا یفعله فاذا حنث لزمته الکفارة لقوله تعالی ولکن یواخذکم بما عقدتم الایمان فکفارته الآیة وما فی قوله ما یحلف مصدریة ای الحلف علی امر فی المستقبل وهذا یفید ان الحلف علی ماض صادقا فیه کوالله لقد قدم زید امس لا تسمی منعقدة ویقتضی انها اما لیست بیمین وهو بعید او زیادة اقسام الیمین علی الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفی کلام شمس الائمة ما یفید انها من قبیل اللغو فان اراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له وفی هذا الیمین فائدة تاکید صدقه فی خبره عند السامع وان اراد دخولها فی اللغو المذکور فی الآیة بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فیه ولم یقل احد بذلك فکان خارجا عن اقوال السلف والجواب ان الاقسام الثلاثة فیما یتصور منه الحنث لا فی مطلق الیمین **قوله** ویمین اللغو ان یحلف علی امر وهو یظن انه کما قال والامر بخلافه مثل والله لقد دخلت الدار والله ما کلمت زیدا ونحوه وتدخل فی ذلك الافعال کما ذکرنا والصفات ومن الثانیة ما فی الخلاصة رجل حلفه السلطان ان لم یعلم بامر کذا فحلف ثم تذکر فعلم انه کان یعلم ارجو ان لا یحنث ونحوه فهذه الیمین نرجو ان لا یواخذ الله

قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح و الطلاق واليمين والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى

صاحبها وانما قيد محمد عدم المواخذة بالرجاء مع انه مقطوع به في كتاب الله تعالى حيث قال لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم لاختلاف في معنى اللغو ففسره محمد رح بما ذكر وهو مروي عن ابن عباس وبه قال احمد وقال الشافعي كل يمين صدرت عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو مباين للتفسير المذكور لان الحلف على امر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو معنى ما روى صاحب السنن عن عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان يحلف على معصية فيتركها لا غيا بيمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول او عمل فلما اختلف في معنى اللغو علقه بالرجاء والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المواخذة به وكذا في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجاء فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك باسم الله والتادب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر وانا وان شاء الله بكم لاحقون واما بالتفسير الرابع فغير مشهور فكونه لغوا هو اختيار سعيد **قوله** والقاصد في اليمين والمكره عليه والناسي وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفي بعض النسخ الخاطي وهو من اراد ان يتكلم بكلام غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله عليه الصلوة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين هكذا ذكره المص وبعضهم كصاحب الخلاصة جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث ابي هريرة رض عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة اخرجه احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جائز وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة رض عنه عم قال ثلث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعيا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح واخرج عبد الرزاق عن علي و عمر رض موقوفا انهما قالا ثلث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية عنهما اربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين في معنى النذر فيقاس عليه واعلم انه لو ثبت حديث اليمين لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا اصلا ولم يدر ما صنع وكذا المخطي لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده اصلا بل هو كالنائم يجري على لسانه طلاق او عتاق لا حكم له اولى ان لا يكون لها حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عائشة رض عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله ان لم يكن هو نفس التفسير الذي فسروا به الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يقصد التكلم به بل يجري على لسانه بحكم العادة غير مراد لفظه ولا معناه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور اولى من حمله على الهازل وهذا الذي ادناه وتقدم لنا مثله في الطلاق فلا تكن غافلا **قوله** والشافعي يخالفنا في ذلك فيقول لا تنعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطي للحديث المشهور رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه قال المص وسنبين في الاكراه ان شاء الله تعالى واستدل ابن الجوزي للشافعي واحمد رح في التحقيق في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه

حيث

في الاخرة

حمل

لاعبا

ذا الترمذي

طلاقا

ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا

الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وابي امامة قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عتبة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم **قوله** ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سواء فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا لليمين مختارا وعن كل من الشافعي واحمد روايتان يحنث ولا يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور وقد صرحوا به في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لان الحنث هو السبب عندنا وانما يناسب حقيقته مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط على ما عرف والحاصل ان الوجوب يثبت عنده سببا كان او شرطا وبالنسيان والاكراه لم ينعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة وكذا اذا فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه او مجنون تلزمه الكفارة فيخرجها وليه او هو اذا افاق لما ذكرنا من تحقق الشرط اي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سؤال مقدر وهو ان وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه او مجنونا فاجاب بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دائما بل تناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة او يدفع ضررا كما في الاستبراء شرع وجوبه مع الملك الموكد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه النسب قادر على نفس الشراء مع القبض سواء كان ذلك الوهم حاصلا او لا كما في شراء الامة الصغيرة التي لم تبلغ حد الملوع واما لو لم كما في شراء الامة البكر وفي المراة فليس بصحيح لان التوهم حاصل بجواز حبل البكر ومملوكة المراة على ان كونها لرفع الذنب دائما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على امر ثم يحلف عنه مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث او يندب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا **قوله** واليمين بالله او باسم آخر من اسمائه يفيد لفظة آخر ان المراد بالله اللفظ فقال والاسم الآخر كالرحمن والرحيم والقدير ومنه الذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين ومالك يوم الدين والاول الذي ليس قبله شيء والآخر الذي ليس بعده شيء واذا قالوا في قوله والطالب والغالب انه يمين لانه تعارف اهل بغداد الحلف به لزم اما اعتبار العرف فيما لا يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة فان الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب في قوله تعالى والله غالب على امره واما كونه بناء على القول المفصل في الاسماء ويفيد قوله آخر ان لا بد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا والمنقول لو قال باسم الله ليس بيمين وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين فليتامل عند الفتوى ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر ذلك في الخلاصة وقوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا قيد في الصفة فقط فافاد ان الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه او لم يتعارفوه وهو الظاهر من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وقال بعض مشايخنا كل اسم لا يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان اراد به يمينا فهو يمين فان لم يرد فليس يمينا ورجحه بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين ارادة احدهما الا بالنية واما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها بوجه كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل او الذات

قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها وهو المطر او الجنة والغضب والسخط يراد بهما العقوبة

قول مشايخ ماوراء النهر ولذا قال محمد في قولهم وامانة الله انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا ادري لانهم رأيتهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه انه اراد بعني والله الامين فالمراد الامانة التي تضمنتها لفظة الامين كعزة الله التي هي ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم التعارف ويزداد العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ ابي المعين في تبصرة الادلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الاصل بل هو على محاذات قول القائلين في الاسماء ان ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد به الله تعالى كان يمينا والا فجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان اريد صفته القائمة به فهو يمين والا لا لا يقال مقتضى هذا ان يجري في قدرة الله مثله ان اريد به الصفة كان يمينا او المقدور على ان يراد بالمصدر المفعول او المصدر ويكون على حذف مضاف اي اثر قدرته لا يكون يمينا وليس المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لا يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف فينصرف الى الحلف بلا تفصيل في الارادة ولمشايخ العراق تفصيل آخر هو ان الحلف بصفات الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضا لو صفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل يقصدون بهذا الفرق الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان او بمكان او بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض لا ينبغي ان يبتنى الفقه باعتباره وظاهر قول هؤلاء انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف او لا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا عند هؤلاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التي لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين الى آخر ما قدمنا اول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا الصفات التي لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها بخلاف الاسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحي والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف او نية الحالف وكذا ما يكون من صفة تعلم كعلم الله وقدرته فانه قد تستعمل في المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه ففي هذه يجري التعليل بالتعارف وعدمه ووجه اليمين الا ان اراد الجارحة **قوله** الا قوله وعلم الله استثناء من صفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله التي يحلف بها عرفا فيقتضي ان علمه مما يحلف به عرفا فيتناوله الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله في لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل واورد على تعليله الثاني القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور واجيب بالمنع فان المقدور بالوجود خرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القائمة بذاته تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق وهذا يوجب ان لا تصح ارادة المقدور

ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال ثم معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منهما يكون يمينا لان التبري منهما كفر قال والحلف بحرف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك مستعمل في الايمان ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لافعلن كذا لان حذف الحرف من عادة العرب ايجازا ثم قيل ينصب لانتزاع حرف خافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بما قال الله تعالى امتثالا لامتثاله

بعد الوجود وهو غير صحيح اما وقوعها فقالوا انظر الى قدرة الله تعالى وليس المقصود قطعا الا الموجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا لا يمتنع ان يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا لنفي التعارف فيه واما لو فرع على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا معتبر بانه يراد بالصفة المفعول على القولين فلا موقع للتعليل ح **قوله** من حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق عليه قال وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير متعارف قال ومعناه ان يقول والنبي والقرآن اما اذا حلف بذلك بان قال انا بريء من النبي والقرآن كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون في كل منهما كفارة يمين كما سيأتي وكذا اذا قال هو بريء من الصلوة والصوم يكون يمينا عندنا فكذا هو بريء من الاسلام ان فعل كذا او بحرمة شهد الله او لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال هو بريء مما فيه ان فعل ففعل لحرمة الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقرآن الان متعارف فيكون يمينا كما هو قول الائمة الثلثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القرآن كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المتقدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا ذلك لان العوام اذا قيل معهم القرآن مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعالى فيجب ان يدور مع العرف واما الحلف بجان سرتوا ومثله الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان فذلك ان اعتقد ان البر واجب فيه يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رض لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغير الله صادقا **قوله** والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور في القرآن قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد ارسلنا الآية ومثل للباء بقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله تعالى قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله هي الالصاق تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت في المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم الواو بدل منها لمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لانها من حروف الزيادة وقد ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا على اسم الله تعالى خاصة وما روي من قولهم تربي ترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا بحياتك فرع قال بسم الله لافعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو الا ان نصارى بلادنا تعارفوه فيقولون واسم الله **قوله** وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لافعلن كذا لان حذف حرف الجر من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى اثره بخلاف الحذف وعلى هذا فينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمرا لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض قيل يخفض فتكون الكسرة دالة على المحذوف فتاهر في

وقال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه رواية اخرى انه يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما انه يراد به طاعة الله تعالى اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا وقال

قبل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان شائعان للعرب ليس احدهما ليتاتى الخلاف وحكى الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو اولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي اي قسمي الله لافعلن غير ان النصب اكثر في الاستعمال وقوله في النصب لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده واما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم كقوله اذا قبل اي الناس شر قبيلة اشارت كليب بالاكف الاصابع اي الى كليب وكذلك اذا قيل لان الباء تبدل بها اي باللام قال تعالى آمنتم له آمنتم به والقصة واحدة اورد عليه انها لا تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على غير مدلولها وفي الآيتين المعنى مختلف فان قوله تعالى آمنتم له اي صدقتموه وانقدتم اليه طاعة وآمنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو آمنتم لا يلزم في كل فعل بجواز كون معنى ذلك الفعل يتاتى معناها فيه بخلافه في القسم ولا تستعمل اللام الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس رض دخل آدم الجنة فلم يا غربت الشمس حتى خرج وكقولهم لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احترازا عما عن ابي حنيفة رح انه اذا قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة للنذر ويحتمل معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلما فكان الواقع لهم ما ليس هو فيه هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعرب المقسم به خطاء او صوابا او يسكنه خلافا لما في المحيط فيما اذا سكن من انه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين هو ذكر اسم الله تعالى للمنع او الحمل معقودا بما اريد منعه او فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ **قوله** قال ابو حنيفة رح اذا قال وحق الله

فليس بحالف وهو قول محمد رح واحدى الروايتين عن ابي يوسف رح وعنه اي عن ابي يوسف رح رواية اخرى انه يكون يمينا يعني ان اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد يستدل في اسمائه الحسنى وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وهو حقيقته اي كونه تعالى ثابت الذات موجودا فكانه قال والله الحق والحلف به متعارف فوجب كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال احمد لا يقبل قوله يعني في عدم اليمين لانه انصرف بعرف الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء وصار كقدرة الله تعالى **قوله** ولهما انه اي حق الله يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقته حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدودة من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وهذا الوجه من التقرير اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعبر به عن غيرها يعتبر فيه العرف وبه حصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فبحق الله كذلك للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله تعالى وصفة غيره وقد بينا ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة بل ما هو من حقوقه فصار تفسير

والحق يكون يمينا ولو قال حقا لا يكون يمينا لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال اقسم او اقسم بالله
او استقرار الحلف الله او اشهد الله تعالى لان هذه الاشياء مستعملة في الحلف بهذه الصيغة لا في حقيقته وتستعمل للاستقبال لقرينة فجعل حالفا في
الحال وشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع
وبغيره محظور فصرف اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال الملك واليمين بغير الله

وجوده ونحوه كالحقيقة المهجورة واما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي عليه الصلوة والسلام حق الله تعالى على العباد
فقال ان لا تشركوا به شيئا الى آخره كما وقع لبعض الشارحين وليس بشيء لان صلته بلفظ على العباد بين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته الكلام
في لفظ حق غير مقرون بما يدل على احد المعنيين بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا اي بالاجماع كذا ذكره غير واحد وعبارة
شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف
لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون يمينا والا فلا انتهى فانت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على
غيره وانما ذلك القول المقابل للمختار واما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غير مهجور
الا بدليل وبه يندفع قول ابي نصر ان نوى بالحق اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم بطلان قوله من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد
اجماع علمائنا الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الاجماع ولو قال حقا بان قال حقا علي ان اعطيك كذا ونحوه
لا يكون يمينا لان الحق من اسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعيد وما نقل عن الشيخ اسمعيل الزاهد والحسن بن
ابي مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق مردود بان المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخي ان قوله بحق الله
يمين لان الناس يحلفون به مضافا لما علمت انه مثل حق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه وانه ليس يمينا كذا بحق الله **قوله** ولو قال اقسم الخ اذا حلف بفعل القسم فاما
بلفظ الماضي او المضارع وكل منهما اما موصول باسم الله تعالى او بصفته او لا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله او اقسمت او اشهدت
بالله لافعلن وكذا عزمت بالله لافعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل اقسم بالله او اعزم بالله الخ كذلك عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد به المستقبل وعدا
ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال على القدم في العتق للمعنى ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه فوجب صرفه الى حقيقته واما الاستشهاد بان في العرف
كذلك كقولهم اشهد ان لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند
القاضي ليس فيه دليل على انه في نفسه كذلك عرفا فجاز ان يقال هي للمستقبل يستعمل للحال بقرينة حالية او مقالية كالتقييد بلفظ الآن ونحوه
وان ذكره من غير ذكره اسمه تعالى فيها مثل حلفت لافعلن او اقسم او اشهد او اعزم او حلفت فعندنا وهو رواية عن احمد هو يمين نوى او لم ينو وقال زفر ان نوى يكون يمينا و
الا لا وقال الشافعي ليس بيمين نوى او لم ينو وهو رواية عن احمد وقال مالك اذا نوى في قوله اقسم بالله الخ يكون يمينا وان اطلق فلا وجه لقولهم ان
اقسم يحتمل ان يكون بالله او بغيره فلا يكون يمينا وكذا يحتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول القائل ان نوى
كان يمينا والا فلا وجوابه ما ذكر المص من انه حقيقة في الحال فانصرف اليه من ان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه اي
الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد من النية لاحتمال العدة اي لاحتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى المص وغيره هذا
الخلاف صريحا في المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى او لم ينو يعني اذا نوى يمينا او لم ينو شيئا اما اذا نوى غيره فلا شك انه لا يكون
يمينا فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يكون حالفا لمن يستحق عليه اليمين شرعا فان اليمين على نية المستحلف لا الحالف ح وقد وقع في هذه المسئلة
خبط في موضعين اشتبه بها في الحكم وهو توهم صاحب النهاية ان مجرد قول القائل اقسم او احلفت موجب للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث وارد
السوال القائل اليمين ما كان حاملا على شيء او تركه وعند قوله موجبا للكفارة على وجه الخلافة فقوله اقسم هنا ليس موجبا شيئا من البر بمجرده

ولو قال بالفارسية سوگند میخورم بخدای یکون یمینا لانه للحال ولو قال سوگند خورم قیل لا یکون یمینا ولو قال بالفارسية سوگند خورم بطلاق زنم لا یکون یمینا لعدم التعارف قال رح

لانه لم یعقد یمینا علی فعل شیء او ترکه فکیف یکون یمینا ولان الکفارة ستر ذنب هتک حرمة الاسم ولیس فی اقسم مجردا هتک فکیف یوجب الکفارة ثم اجاب بان اقسم الحق بقوله علی یمین فان ذلک موجب للکفارة ذکره فی الذخیرة وغیرها فقال لو قال علی یمین او یمین الله فهو یمین وفی المنتقی لو قال علی یمین لا کفارة لها تجب الکفارة وان نفی الکفارة صح لان قوله علی یمین لما کان موجبا للکفارة لا یفید قوله لا کفارة لها ثم قال وانما کان کذلک لان کلمة علی للایجاب فلما کان کذلک کان هذا اقرارا عن موجب الیمین وموجبها البر ان امکن والا فالکفارة ولم یمکن تحقیق البر ههنا لانه لم یعقد یمینه علی شیء فکان اقرارا عن الموجب الآخر وهو الکفارة وعلی وجه الخلافة وبالاقرار یجب الحد فکذا الکفارة وکذا فی قوله علی نذر فیه کفارة یمین علی ما یجیء بعد هذا فلما کان کذلک فی قوله علی یمین وعلی نذر کان فی قوله اقسم عند قران النیة بالقسم کذا لان اصله الحال فی استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلک ان قوله اقسم لما کان عبارة عن الاقرار بوجوب الکفارة لم یحتج الی وجوب البر ابتداء ولا الی تصور هتک حرمة الاسم وقد شنع علی هذا بان الیمین بذکر المقسم علیه وما ذکر فی الذخیرة من ان قوله علی یمین موجب للکفارة معناه اذا وجد ذکر المقسم علیه وتضمنت الیمین ولا شک فی ذلک وانما ترک ذلک للعلم به فان المقصود الذی یحتمل ان یخفی هو ان قوله علی یمین هل یجری مجری قول القائل والله او لا فاما ان بمجرد ذکر ذلک یحتمل ان تجب الکفارة فلا خفاء فیه یحتاج الی التنصیص علیه الا یری الی قول محمد فی الاصل وان حلف بالله او باسم من اسمائه او قال والله او بالله او علی عهد الله او ذمته او هو یهودی او نصرانی او بری من الاسلام او قال اشهد او اشهد بالله او احلف او احلف بالله او اقسم او اقسم بالله او علی نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او علی یمین او یمین الله او ما افاد معنی ذلک فهذه کلها ایمان واذا حلف بشیء منها لیفعلن کذا وکذا فحنث وجبت علیه الکفارة وقد ذکر منها هو یهودی او نصرانی وان یقول والله وبالله وتالله وحکم علی کل منها انه یمین ولم یلزم من ذلک ان بمجرد قوله والله او قوله هو یهودی تلزمه الکفارة بل صرح باشتراط الحنث فی کل منها للزوم الکفارة کما سمعت قوله واذا حلف بشیء منها لیفعلن کذا وکذا فحنث وجبت الکفارة ولان فی الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الکفارة لا یوجب الکفارة الا ان کان فی القضاء لانه یؤاخذ باقراره وليس الکلام فی ان یقول اقسمت عند القاضی بل لو اقر به کان سبیله ان یفتیه بقوله ان کنت صادقا فعلیک الکفارة فاما کان الکلام فی الحنث فی الیمین وهو انشاء والحق ان قوله علی یمین اذا لم یزد علیه علی وجه الانشاء لا الاخبار یوجب الکفارة بناء علی انه التزام الکفارة بهذه العبارة ابتداء کما یاتی فی قوله علی نذر اذا لم یزد علیه فانه مثله من صیغ النذر ولو لم یکن کذلک لغا بخلاف احلف واشهد ونحوهما لیست من صیغ النذر فلا یثبت به الالتزام ابتداء والموضع الآخر استدلال صاحب النهایة وغیره علی ان مجرد قوله احلف واقسم یمین بقوله تعالی یحلفون لکم لترضوا عنهم وقوله تعالی اذا اقسموا لیصرمنها مصبحین ولا یخفی علی احد ان قوله اقسموا اخبار عن وجود قسم منهم وهو لا یستلزم ان ذلک القسم کان قولهم تقسم لیصرمنها فانهم لو قالوا والله لیصرمنها مصبحین صح ان یقال فی الاخبار عنهم اقسموا لیصرمنها ومثله فی یحلفون لکم لترضوا عنهم لا یلزم کون حلفهم کان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن الحلف بلا ذکر اسم الله تعالی وانما استدل لذلک بحدیث الذی رای رویا فقصها علی رسول الله صلی الله علیه وسلم فقال ابو بکر ایذن لی فلاعبرها فاذن له فعبرها ثم قال اصبت یا رسول الله فقال اصبت واخطات فقال اقسمت یا رسول الله لتخبرنی فقال لا تقسم بکذا رواه احمد وهو فی الصحیحین بلفظ آخر **قوله** ولو قال بالفارسية سوگند میخورم بخدای یکون یمینا لانه للحال لان معناه احلف الآن بالله ولو قال سوگند خورم قیل لا یکون یمینا لانه مستقبل ولو قال سوگند خورم بطلاق زنم یعنی حلف

وکذا قوله لعمر الله وایم الله لان عمر الله بقاء الله وایم الله معناه ایمن الله وهی جمع یمین وقیل معناه والله وایم صلة کالواو والحلف بالله بالله متعارف وکذا قوله وعهد الله وميثاقه لان العهد یمین قال الله تعالی واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد

بطلاق زوجتی لایکون یمینا لعدم التعارف فی الطلاق کذلک **قوله** وکذا قوله لعمر الله وایم الله یعنی یکون حالفا کما هو حالف فی قسم بالله واخواته لان عمر الله بقاؤه وفیه ضم العین وفتحها الا انه لایستعمل المضموم فی القسم ولا یلحق المفتوحة الواو فی الخط بخلاف عمرو العلم فانها الحقت للفرق بینه وبین عمرو والبقاء من صفة الذات علی ما مر من قاعدته وهو ان یوصف به لا بضده وکانه قال وبقاء الله کقدرة الله وکبریائه واذا ادخل علیه اللام رفع علی الابتداء او حذف الخبر ای لعمر الله قسمی وان لم یدخل اللام نصب نصب المصادر فیقول عمر الله ما فعلت ویکون علی حسب حرف القسم کما فی الله لافعلن واما قولهم لعمرک الله ما فعلت فمعناه ما قرارک له بالبقاء وینبغی ان لاینعقد یمینا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده واما ایم الله فمعناه ایمن الله وهو جمع یمین علی قول الاکثر فخففت بالحذف حتی صار ایم الله ثم خفف ایضا فقیل ثم الله لافعلن کذا فیکون میما واحدة لهذا نفی سیبویه ان یکون جمعا لان الجمع لایبقی علی حرف واحد ویقال من الله بضم المیم والنون وفتحها وکسرها وهمزة ایمن بالقطع وانما وصلت فی الوصل تخفیفا لکثرة الاستعمال ومذهب سیبویه انها همزة وصل اجتلبت لیمکن بها النطق کهمزة ابن وامرء من الاسماء الساکنة الاوائل وانما کان کل منهما یمینا لان الحلف بهما متعارف قال تعالی لعمرک انهم لفی سکرتهم یعمهون وقال عم فی حدیث امارة اسامة بن زید حین طعن بعض الناس فی امارته ان کنتم تطعنون فی امارته فقد کنتم تطعنون فی امارة ابیه من قبل ایم الله ان کان خلیقا بالامارة الحدیث فی البخاری

قوله وکذا قوله وعهد الله وميثاقه یمین اذا اطلق عندنا وکذا عند مالک واحمد عند الشافعی لایکون یمینا الا بالنیة لان العهد والميثاق یحتمل العبادات فلا یکون یمینا بغیر النیة وقوله تعالی واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الایمان لایفید ان العهد یمین بجواز کونهما شیئین الامر بالایفاء بالعهد والنهی عن نقض الایمان المؤکدة بای معنی فرض النقض فاستدلال لکم به علی انهما یمین لایتم وهذا لان ایجاب الوفاء بالعهد لایستلزم ایجاب الکفارة باخلاف ما عقد علیه الا وثبت فی مکان آخر فی الشرع انه کذلک قلنا ان اهل التفسیر لما جعلوا المراد بالایمان هی العهود المتقدم ذکرها او ما هو فی ضمنها وجب الحکم باعتبار الشرع ایاها یمینا وان لم یکن حلفا بصفة الله تعالی کما حکم بان اشهد یمینا وان لم یکن فیه ذلک وایضا غلب الاستعمال لهما فی معنی الیمین فیصرفان الیه فلا یصرفهما عنه الا نیة عدمه فالحالات ثلاثة اذا نوی الیمین او لم ینو یمینا ولا غیره فهو یمین وان قصد غیر الیمین فلیس بیمین فیما بینه وبین الله تعالی وکذا الذمة والامانة کان یقول وذمة الله او امانة الله لافعلن واستدل علی کونهما یمینا بانه علیه السلام اذا بعث جیشا یقول اذا حاصرتم اهل مصر او مدینة فاراد وکم وعلی ان تنطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تنطوهم فدل علی انه یمین ولا یخفی انه لایستلزم ذلک والميثاق بمعنی العهد وکذا الذمة ولهذا یسمی الذمی معاهدا والامانة علی هذا الخلاف فعندنا ومالک واحمد هو یمین وعند الشافعی بالنیة لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة الیمین اذا ذکرت بعد حرف القسم فوجب عدم توقفها علی النیة للعادة الغالبة واعلم ان فی سنن ابی داؤد من حدیث بریدة عنه عم من حلف بالامانة فلیس منا فقد یقال انه یقتضی عدم کونه یمینا والوجه انه یقتضی منع الحالف به ولا یستلزم ذلک لانه لایقتضی الکفارة عند الحنث والله اعلم ولو قال علی عهد الله وامانته وميثاقه ولا نیة له فهو یمین عندنا ومالک واحمد وهو حنث لذمته کفارة واحدة وحکی عن مالک یجب علیه بکل لفظ کفارة لان کل لفظ یمین بنفسه وهو قیاس مذهبنا اذا کرر الواو کما لو قال والله والرحمن والرحیم الا فی روایة الحسن عن ابی حنیفة وعند الشافعی اذا قصد وکل لفظ یمینا تعددت الایمان والا یکون الحکم بتعدد الالفاظ

ولما اذا قال على نذر او نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا لانه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما لو قال في شهر الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين فان كان عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل

للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة **قوله** وكذا اذا قال على نذر او على نذر الله يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال على نذر الله لافعلن كذا او لا افعل كذا حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمته كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم فان كان نوى بقوله على نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها ففعل لزمته تلك القربة قال الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى فان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا شك ان قوله عم من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابو داود من حديث ابن عباس رض يوجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانه ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال على نذر او نذر الله ولم ينو على ذلك فهذا لم يجعله يمينا لان اليمين انما يتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه ان تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغة النذر بان يقول لله على كذا صلوة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او متعلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور مثل لله على نذر صوم يومين معلقا او منجزا فسيأتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ النذر **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعله لزمته كفارة يمين قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك انه عم حرم مارية على نفسه فانزل الله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الالحاق انه لما جعل الشرط فهو فعل كذا علما على كفره ومعتقده حرمته كفره فقد اعتقده اي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول الدار ولو قال دخول الدار مثلا علي حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال ان كنت فعلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد فعله فهو يمين الغموس لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى يكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام قيل لا وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه عم انه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يشير الى اعم من ان يعتقده يمينا او كفرا والظاهر انه اخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل لا من اهل العلم والخبر وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن اطلق القول بكفره **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخطه فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق بالشرط اي لا يلزم سببية الشرط غاية الامر ان يكون نفس الدعاء متعلقا بالشرط فكان عند الشرط دعاء على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو به ذلك متعلق باستجابة دعائه ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فهو زان او فاسق او سارق او شارب خمر او اكل ربا لا يكون يمينا اما اولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل لوجود لازما ليس المحلوف عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضا به يكفر من غير توقف على عمل آخر او اعتقاد

ولو قال ان فعلت کذا فعلی غضب اللہ او سخط اللہ فلیس بحالف لانہ دعا علی نفسہ ولا یتعلق ذلک بالشرط ولانہ غیر متعارف وکذا لو قال
ان فعلت کذا فانا زان او سارق او شارب خمر اذا کل ربوا لان حرمۃ ہذہ الاشیاء تحتمل النسخ والتبدیل فلم یکن فی معنی حرمۃ الاسم ولانہ لیس بمتعارف

والرضا بتحقیق مباشرۃ الشرط فیوجب عندہ الکفر ولا قول طائفۃ من العلماء بالکفارۃ واما ثانیا فلان حرمۃ ہذہ الاشیاء
تحتمل السقوط وہو المراد بقولہ یحتمل النسخ والتبدیل اما الخمر فظاہر واما السرقۃ فعند الاضطرار الی اکل مال الغیر وکذا اذا اکرہت المرأۃ
بالسیف علی الزنا وحرمۃ الاسم لا یحتمل السقوط فلم یکن حرمۃ ہذہ الاشیاء فی معنی حرمۃ الاسم وہذا فیہ نظر لان کون الحرمۃ تحتمل
الارتفاع او لا تحتملہ اما اثر لہ فانہ ان کان یرجع الی تحریم المباح فہو یمین مع ان ذلک المباح یحتمل تحریمہ الارتفاع فان لم یرجع الیہ لا یکون
یمینا فلا معنی لزیادۃ کلام لا دخل لہ ولانہ لیس بمتعارف ان یقال ان فعلت کذا فانا زان فلا یکون یمینا **فروع** فی تعدد الیمین وعدمہ
وغیر ذلک اذا عدد ما یحلف بہ بلا واو مع اختلاف اللفظ او عدم اختلافہ فہو یمین واحد کان یقول واللہ الرحمن الرحیم او یقول واللہ
اللہ الا ان تعلیل ہذا بانہ جعل الثانی نعتا للاول مأول وکذا بلا اختلاف مع الواو نحو واللہ واللہ او ہو بری من اللہ ورسولہ وان
کان بواو فہو فی الاختلاف نحو واللہ والرحمن والرحیم تعدد الیمین بتعددہا وکذا بواو بین مع اتحاد نحو واللہ واللہ فیہ فرع انہ
لو قال واللہ واللہ والرحمن انہا ثلاثۃ ایمان او ہو بری من اللہ وبری من رسولہ فیمینان حتی لو قال ہو بری من اللہ وبری من رسولہ
واللہ ورسولہ منہ بریئان ان فعل فہی اربعۃ ایمان فیلزمہ بفعل ما سماہ اربع کفارات ہذا کلہ ظاہر الروایۃ وروی الحسن عن ابی حنیفۃ
ان علیہ فی المختلفۃ کفارۃ واحدۃ لان الواو الکائنۃ بین الاسماء للقسم لا للعطف وبہ اخذ مشائخ سمرقند واکثر المشائخ علی ظاہر الروایۃ فلو
قال ہو بری من اللہ والرحمن فکفارتان فی قولہم وروی ابن سماعۃ عن محمد فی غیر المختلفۃ مطلقا نحو واللہ واللہ او واللہ اللہ کفارۃ واحدۃ ہذا قبل ذکر الجواب لما لو قال
واللہ لا افعل کذا ثم اعاد بعینہ فکفارتان وکذا لو قال لامرأتہ واللہ لا اقربک ثم قال واللہ لا اقربک فقربہا مرۃ لزمتہ کفارتان روی ذلک عن ابی یوسف
وسواء کان ذلک فی مجلس او مجالسین وروی الحسن انہ ان نوی بالثانی الخبر عن الاول صدق دیانۃ وہی عبارۃ عن تساہل فیہا وانما المراد ان
یرید بالثانی تکرار الاول وتاکیدہ واختار ہذا الامام ابو بکر محمد بن الفضل قال فان نوی بہ المبالغۃ او لم ینو شیئا یلزمہ کفارتان وقد مر فی الایلاء
وفی التجرید عن ابی حنیفۃ اذا حلف بایمان علیہ لکل یمین کفارۃ والمجلس والمجالس فیہ سواء ولو قال عنیت بالثانی الاول لم یستقم فی الیمین باللہ و
لو حلف بحجۃ او عمرۃ تستقیم وہذا یخالف ما روی الحسن وفی الخلاصۃ عن نسخۃ الامام السرخسی فی ایمان الاصل اذا حلف علی امر ان لا یفعلہ
ثم حلف فی ذلک المجلس او فی مجلس آخر ان لا یفعلہ ابدا ثم فعلہ ان نوی یمینا مبتدأ او التشدید ولم ینو فعلیہ کفارۃ یمینین اما اذا نوی
بالثانی الاول فعلیہ کفارۃ واحدۃ وقد منا فی الایلاء لو قال واللہ لا اکلم فلانا یوما واللہ لا اکلمہ شہرا واللہ لا اکلمہ سنۃ ان کلمہ بعد
ساعۃ فعلیہ ثلاث کفارات لانہ انعقد علی تلک الساعۃ ثلثا ایمان یمین الیوم ویمین الشہر ویمین السنۃ فعلیہ اذا کلمہ بعد ساعۃ ثلاث کفارات
وان کلمہ بعد یوم فعلیہ کفارتان لان یمین الیوم انحلت قبلہ فبقی علی ذلک الیوم یمینان وان کلمہ بعد شہر فکفارۃ واحدۃ وان کلمہ بعد سنۃ
فلا شیء علیہ فعرف فی الطلاق انہ لو قال ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق فدخلت وقع علیہا
ثلاث تطلیقات وما فی الاصل من انہ اذا قال ہو یہودی ہو نصرانی ان فعلت کذا فہو یمین واحدۃ ولو قال ہو یہودی ان فعل ذلک ہو نصرانی
ان فعل کذا فیمینان یفیدان فی مثلہ تعدد الیمین منوط بتکریر المحلوف علیہ مع تکرار الالتزام بالکفر ولو قال بری من الکتب الاربعۃ فہو یمین
واحدۃ وکذا لو قال ہو بری من التوریۃ والزبور والانجیل والفرقان یکون یمینا واحدۃ ولو قال ہو بری من التوریۃ وبری من الانجیل

فصل في الكفارة **قال** كفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة

وبرئ من الذنوب ويبرئ من الشرك فان فهو اربعة ايمان ولو قال هو شريك اليهودي هو كقوله يهودي ولو قال برئ من هذه الثلثين يوما يعني شهر رمضان ان اراد عن مسرتها يكون يمينا او عن اجرها او لم ينو شيئا لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال من الصلوة التي صليتها حنث لا يلزمه شيء بخلاف قوله من القرآن الذي تعلمت واختلف في برئ من الشفاعة في مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال دخلت الدار امس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروى بشر عن ابي يوسف قال لآخر ان كلمت فلانا فعبدي حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلم بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لآخر والله لتفعلن كذا او والله لتفعلن كذا فقال الآخر نعم فان اراد المبتدي الحلف وكذا مجيب فهما حالفان على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السؤال فكانه قال نعم والله لافعلن كذا وان نوى المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو كل منهما شيئا فالحالف هو المجيب في قوله والله وفي قوله والله بالواو الحالف هو المبتدي وان اراد المبتدي الاستحلاف فاراد المجيب ان لا يكون عليه يمين وان يكون قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما نوى ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك قال لمديونه ان لم تقض دينى غدا فامرأتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل قل نعم فقال نعم واراد جوابه يلزمه اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوى وفي مجموع النوازل قال الآخر والله لا اجيء الى ضيافتك فقال الآخر ولا يجيء الى ضيافتي قال نعم يصير حالفا ثانيا

فصل في الكفارة الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر ثوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافته الى السبب فاليمين هي السبب وسيذكر المص المسئلة **قوله** كفارة باليمين عتق رقبة اي اعتاقها لا نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى الكفارة لا يجوز ويجوز فيها ما يجزئ في الظهار وتقدم المجزئ في الظهار من انها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة ولا يجزئ فاقد جنس المنفعة بخلاف غير فتجزئ العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوعة اليدين والرجلين في الاصح اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ومن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وام الولد لانهما لاستحقاقهما الحرية ينقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا يجوز بخلاف الذي ادى بعض شيء لانه كالمعتق بعوض **قوله** وان شاء كساعشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد يعني ان كساثوبين او ثلاثة فهو افضل وادناه ما يجوز فيه الصلوة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر وصاع من تمر وشعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر رض قال صاع من تمر او شعير او نصفه من بر باسناده الى علي رض قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رض قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم او فوقه قريبا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز ان يغديهم ويعشيهم بخبز ان كان برا لا يشترط الادام وان كان غيره فبالادام ويجوز في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم وكسوتهم او تحرير رقبة وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة للعبد الخيار في تعيين ايها شاء وتعيين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول

قال فان لم يجد واحدا من الاشياء الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رح يخير لاطلاق النص ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور رض المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد وعن ابي يوسف وابي حنيفة رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو التصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف

ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة والاطعام المعسر فلا يكون كفارة يمينه الا بالصوم ولو اعتق عنه مولاه او اطعم او كسا لا يجزيه وكذا المكاتب والمستسعى ولو صام العبد فعتق قبل ان يفرغ ولو بساعة فاصاب مالا وجب عليه استيناف الكفارة بالمال **قوله** فان لم يقدر على احد الاشياء الثلثة من الاعتاق والكسوة والاطعام كان عليه صوم ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي يتخير بين التتابع والتفريق لاطلاق النص وهو قول مالك في قول آخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب احمد ولنا قراءة ابن مسعود رض فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور لشهرتها على ما قيل الى زمن ابي حنيفة رح والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق به فان قيل الشافعي كان اولى بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد لان كانا في حادثتين وانتم تحملونه في حادثة فجرتم على موجب ذلك في هذا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله ادوا عن كل حر وعبد وقوله ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين اجيب عنا بانا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة ويستحيل ان يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زائد على المطلق وتقييد اطلاقه للتنافي بينهما فان الاول يقتضي ان لا يجوز الا بقيد التتابع ولا تجزي التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقا كجوازه متتابعا واذ وجب القدر الاول لزم انتفاء الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر لورود النصين المطلق والمقيد للاسباب ولا منافاة في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببا وهذا الكلام يحتاج الى تحقيق وتحقيقه ان الحمل لما لم يجب للضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد ولا معارضة بينهما الا لو قلنا بمفهوم المخالفة فانه ح يكون الحاصل من المطلق ان ملك العبد سبب لوجوب الادا عنه مسلما كان او كافرا والحاصل من المقيد ان ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس سببا لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فاذا فرض تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء سببية غير المسلم ولزم ان المراد ان المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنها لم تقع فبقي مقتضى المطلق بلا معارض وهو ان المسلم وغيره سبب واجابوا عما لزم الشافعي رح بان هذه الكفارة يجاذبها اصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل يوجب التتابع وحمله على صوم المتعة بناء على انه عدد ذم جبر يوجب التفريق فترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق نص الكفارة

قوله ثم المذكور في الكسوة في الكتاب اي المبسوط والمختصر القدوري في بيان ادنى الكسوة المسقطة للواجب من انه لا يجوز فيه الصلوة روي عن محمد رح فيجزيه دفع السراويل عنه تقييد بالرجل فان اعطى السراويل بالمرأة لا يجوز لانه لا يصح صلوتها فيه وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه ولا يجوز السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانا فعلى هذا لا بد ان يعطيه قميصا او جبة او رداء او قباء او ازارا ساترا بحيث يتوشح به عند ابي حنيفة وابي يوسف رح والا فهو كالسراويل ولا تجزي العمامة الا انه ان امكن ان يتخذ منها ثوب تجزي مما ذكرنا جاز واما القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد روي عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم وفد على الامير فاعطاهم قلنسوة قيل قد كساهم فلا حمل على هذا وعن ابن عمر رض لا تجزي اقل من ثلاثة اثواب قميص وازار ومئزر ورواه عن ابي موسى الاشعري ثوبان قال الطحاوي وهذا كله اذا دفع الى الرجل اما اذا دفع الى المرأة فلا بد من خمار مع الثوب لان صلوتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل انه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الثوب وانما ظاهر الثوب ما يثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعلى هذا يجزي عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلوة وعدمها فانه لا دخل له في الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا ساترا وازارا يغطي راسها وادنيها دون عنقها لا شك في ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلوتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلوة او لا ثم اعتبار الفقير والغني عندنا عند ارادة التكفير وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرا عند الحنث ثم اعسر عند التكفير اجزاه الصوم عندنا وبعكسه لا يجزيه وعند الشافعي رح

لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال لا نداء اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح

على التقليب قاس على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتخفيف بالرق وقلنا الصوم خلف عن المال كالقيم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه **قوله** لكن لا يجزيه يعني لو اعطى الفقير ثوبا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة لطريق الكسوة مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزي وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير اجزاه عن الطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبا كبيرا لا يكفي كل واحد حصته منه الكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزاه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب لانه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام وعن ابي يوسف لا يجزيه الا ان ينويه عن الاطعام وعند زفر لا يجزيه نوى او لم ينو واعترض بقوله عم وانما لكل امرء ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام لا يقع عنه ولانه تعالى خير المكفر بين خصال ثلث فاذا اختار احدها صار كانه هو الواجب ابتداء وتخلى الآخران والجواب انه ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله عم وانما لكل امرء ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدى طعاما او كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان اراد انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلا فممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع احدها ناويا الامتثال فقد تم الواجب سواء كان يصلح اطعاما او غيره مما هو احد الثلاثة ولو توقف للسقوط على ان ينوي دفع احدها انه عن الآخر اذا لم يكف لنفسه لزم ان ينوي كل خصلة في نفسها فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للاسقاط بوجه وقد نوى الاسقاط فاقتصر على ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارا للكسوة اذا وضع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزي عنه بطريق القيمة واجيب بان جنس الكفارة في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغذي ولا يدفع احدهما عن الآخر كالقمح عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة البرد والحر ودفع حاجة التغذي فجاز جعل احدهما عن الآخر وانما نظر المورد من صدقة الفطر لو دفع ثوبا نفيسا صغيرا يبلغ قيمته ثوب كبير يجزي عن الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام **قوله** وان قدم الكفارة عن الحنث لم يجزه وقال الشافعي يجزيه بالمال دون الصوم لانه ادى بعد السبب وهو اليمين وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه اضيفت اليه الكفارة في النص بقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم ولان اهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكمه شرعا او متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه ح شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكوة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب كما في تقديم التكفير بعد الجرح على الموت بالسراية ومقتضى هذا ان لا يفرق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تتقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكوة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان او مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكره لنا ان الكفارة لستر الجناية من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النجوم غمامها وبه سمي الزراع كافرا لانه يستر البذر في الارض ولا جناية قبل الحنث لانما منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا اعتبر عدم النبي والصحابة على الايمان وكون الحنث جناية مطلقا ليس واقعا اذ قد يكون صادقا وانما

ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية ههنا واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسقط من المسكين لو قوته صدقته

اخرج المعنى الكلام مخرج الظاهر المتبادر من اجلاف المحلوف عليه والحاصل انها بسبب الحنث سواء كان به معصية اذ لا والمدار توفيرا يجب لاسم الله عليه وهذا يفيد ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب لان اقل ما في السبب ان يكون مفضيا الى المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع من عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيا اليه نعم قد يتفق تحققه اتفاقا لا عن اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لم يتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح لانه مفض الى التلف فلزم ان الاضافة المذكورة اضافة الشرط فان الاضافة الى الشرط جائزة وثابتة في الشرع كما في كفارة الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للقطع بان الكفارة لا تجب قبله ولا وجب بمجرد اليمين والمشروط لا يوجد قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجوب قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكوة والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده فلا يلحق غيره به فان قيل قد ورد السمع به في قوله عم فليكفر عن يمينه ثم ليات بالذي هو خير قلنا المعروف في الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فاذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وايت الذي هو خير وفي مسلم من حديث ابي هريرة عنه عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري بالواو ليس في شيء من الروايات المعتبرة لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو ومن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن يمينك ثم ايت الذي هو خير وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة كحديث عبد الرحمن هذا في البخاري وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى اللفظ على الكثير ومن ذلك حديث عائشة رضي الله عنها في المستدرك كان عم اذا حلف لا يحنث حتى انزل الله كفارة اليمين فقال لا احلف الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم ايت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عائشة رضي الله عنها ان ابا بكر رضي الله عنه كان الى آخر ما في المستدرك وفيه العطف بالواو وهو اولى بالاعتبار وقد شذت لمخالفتها روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها الاكثر يعني من سواه ممن هو اولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء بجملة المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة فان المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وهكذا قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الآية وهذا لان الواو لما لم يقتض التعقيب كان قوله فليكفر لا يلزم تعقيبه للحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم من هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون المعقب الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها ما في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه عم من حلف على يمين فرأى خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما رواه الامام احمد عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه قال قال عم من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقال النسائي اخبرنا احمد بن منصور عن سفيان ثنا ابو غسان عن عمه ابي الاحوص عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارايت ابن عم لي اتيه اسأله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فياتيني ويسألني وقد حلفت ان لا اعطيه ولا اصله فارى ان آتي الذي هو خير واكفر عن يميني ورواه ابن ماجة بنحوه ثم لو فرض صحة روايته ثم كان من تغيير الروايات اذا ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث بالواو ولو سلم فالواجب قدمنا حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فتحمل ثم على الواو التي امتلأت كتب

قال ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلناه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل اليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة

الحديث منها دون ثم واما لفظ الحديث على ما ذكره المص فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله عم من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع القسم والمقسم عليه وهو المراد قوله ثم لا يسترد من الفقير يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزيه فليس له ان يسترد منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شيء آخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له ان ينقضه ويبطله **قوله** ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث اي يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عم من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه آنفا ولان فيما قلناه من تحنيث نفسه تفويت البر الى جابر وهو الكفارة وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان المتحقق البر ولا جابر للمعصية في ضده اي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه ح يتقرر المعصية دون جابرها بجبرها واعلم ان المحلوف عليه انواع فعل معصية او ترك فرض فالحنث احب او شيء غيره اولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث افضل لان الرفق ايمن وكذا الحلف ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو افضل وكذا تيسير المطالبة او على شيء وضده مثله كالحلف لا ياكل هذا الخبز او لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ اليمين اولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تاويلها انه البر فيها امكن **قوله** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال كفره او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد حكم الحنث المعهود وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء وعلى هذا الخلاف اذا قدر الكافر ما هو قربة من صدقة او صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وبقولنا في مسئلة الكتاب قال مالك وعند الشافعي واحمد يلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس اهلا لها وصار كالعبد لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر منه الصوم تعين ما سواه وايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا يستحلف في الدعاوى ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم يثبت في هذا سمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب قال يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله عم تبرؤكم يهود بخمسين يمينا ولنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم واما قوله تعالى بعده نكثوا ايمانهم فيعني صور الايمان التي اظهروها والحاصل لزوم تاويل اما في ايمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايمان لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة ان المراد ما هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان اهلا لليمين يكون اهلا للكفارة وليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما ثبت من اثم الحنث ان كان او ما وقع من الخلاف ما وقع عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر اهلا لفعل العبادة وقولهم ايجاب المال والعتق يمكن تجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لان ذلك في ايجاب المال والعتق من حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما كفارة لا يقبل الفصل كما ذكرنا اذ لو فصل لم يكن كفارة لان ما شرع صفة لا يثبت شرعا

ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه فهو يصير محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا يعتقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة غيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه

الابتلاء الصفة والا فهو شيء آخر واما تحليف القاضي وقوله صلى الله عليه وسلم تبرئكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صورة الايمان فان المقصود منها رجاء النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه وهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع الزامه بصورتها لهذه الفائدة وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان يريد تعظيما يقبل منه ويجازى عليه واما قوله عم او قد بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به كالاحتجاج وهم يكونه انه امره ان يفعل قربة مستأنفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا العلم من الشرع ان الكافر ليس اهل القربة من القرب فليس اهلا لالتزامها الا يرى انه لو فعلها لم تصح منه وتصحيح الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاضعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي اشرك به فيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه كهذا الثوب على حرام او هذا الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وليس بملكه شرطا للزوم حكم اليمين فانه جاء في نحو كلام زيد على حرام ولو اريد بلفظ شيئا ما هو اعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو هذا الطعام على حرام الطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو اكله حلالا او حراما لزمته كفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا الا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال الخمر على حرام ان المختار الفتوى انه ان اراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كانه حلف لا اشرب الخمر وان اراد الاخبار او لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن تصحيحه اخبارا والمنقول فيه خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند احدهما يحنث مطلقا وعند الآخر لا يحنث من غير نظر الى نيته ولو قال الخنزير على حرام فليس بيمين الا ان يقول ان اكله وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه اعلم ان الظاهر من تحريم هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم امهاتكم وحرمت الخمر والخنزير فانه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل وكذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب على حرام فلبسه حنث الا ان تنوي غيره وان قال ان اكلت هذا الطعام فهو حرام فاكله لا يحنث وذكر في المنتقى لو قال كل طعام اكله في منزلك فهو علي حرام ففي القياس لا يحنث اذا اكله هكذا روى ابن سماعة عن ابي يوسف رح وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا فتجب في التي قبلها وهي قوله ان اكلت هذا الخنزير فهو علي حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكر في الحيل ان اكلت طعاما عندك ابدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامهم علي حرام ايهم كلم منهم حنث وفي مجموع النوازل وكذا كلام فلان وقال ان علي حرام يحنث بكلام احدهما وكذا كلام اهل بغداد وكذا اكل هذا الرغيف علي حرام يحنث باكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا اكلم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضي خان قال مشايخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت لزوجها انت علي حرام او حرمتك يكون يمينا ولو جامعها طائعة او مكرهة يحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال الدراهم في يده هذه الدراهم علي حرام ان اشتري بها حنث وان تصدق بها او وهبها لم يحنث بحكم العرف **قوله** وقال الشافعي لا كفارة عليه يعني الا في الجواري في النسائي وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا يعتقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا ان الشرع ورد به

ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما في ع لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لا تحصيل مع اعتبار العموم واذا اسقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم وانا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا رح قالوا يقع به الطلاق عن غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بر دست راست گيرم بروي حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف

في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعينه بقوله تعالى يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فبين سبحانه انه لم يحرم شيئا مما هو حلال وان فرض له تحلة فعبر عن ذلك بقوله تحلة أيمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما أحل الله له يمينا فيها الكفارة غير مفيد لان الكلام الآن في تخصيصه بمورده او تعميمه اجيب بان العبرة لعموم اللفظ وهو قوله ما أحل الله لك وقد يدفع بان المراد به مخصوص بما وقع تحريمه اي لم حرمت ما كان حلالا لك ولذا قال تبتغي مرضات ازواجك وانتفاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل بمعنى يسير بل الجواب انه كما ورد انها نزلت في تحريم مارية ورد انها نزلت في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة رض كان عليه الصلوة والسلام يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل اني اجد منك ريح مغافير فدخل على احداهما فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود اليه فنزلت يا أيها النبي ما تحرم وهذا اولى بالاعتبار لان رواية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة ولا مانع من كون نزولها في الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات ازواجك وان كان ظاهرا في انها في تحريم مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك انه ايضا في ترك شربه عند الضرورة وان قيل انه روي انه قال والله لا اذوقه فلذلك سمي تحريما ولزمته التحلة اجيب بانه لم يذكر في الآية ولا في الحديث الصحيح فلا يجوز ان يحكم به وتقييده بحكم النص واعلم ان الذي في الحديث الصحيح هو قوله ولن اعود اليه ولا شك ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند احد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان الواقع منه كان يمينا وجب الحكم بانه كان منه عزم مع ذلك القول قول آخر لم يرو في تلك الرواية ثبت به اليمين فجاز كونه قوله والله لا اذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا ان لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة قال حرمت كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه وحاصل الوجه الذي اقتصر عليه المصنف وهو ان لفظه ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله باثبات حرمة اي حرمة ذلك الشيء بغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر اذا لم يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فتفضلا من الله عليه بهم المعنى المذكور النساء ومخيرين قوله ثم اذا فعل ما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة في قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصر محرما عليه المحرم لنفسه والا لم يصح قول استباحه وانما يحنث بالقليل والكثير لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه فيتناول جزءا يلزمه الحنث وهذا بخلاف ما تقدم من والله لا اكلم وهذا الرغيف على حرام على ما نقل قاضي خان عن المشايخ قوله ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك فاذا اكل او شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته والقياس ان يحنث كما في ع لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كفتح العينين وتحريك الجفنين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ وجه الاستحسان ان المقصود هو البر لا يحصل مع اعتبار العموم والظاهر انه لم ينعقد للحنث ابتداء اي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث فكان ذلك قرينة صارفة عن مسمى العموم واذا اسقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه اي هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حمل على المعهود فيه الاظهر ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها تعلقت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو استثني اذا اريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية فاذا نواها كان ايلاء لان الحلف على قربانها ايلاء ولا يخرج عن الطعام والشراب فايهما فعل حنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء موبد فان كفر

ومن نذر مطلقا فعليه الوفاء

اربعة اشهر بانت الى آخر احكام الايلاء الموبد وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشائخنا اى مشائخ كابى بكر الاسكاف وابى بكر بن ابى سعيد والفقيه ابى جعفر قالوا يقع به الطلاق بمجرد الغلبة الاستعمال فى الطلاق فينصرف اليه من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوى فى مبسوطه هكذا قال بعض مشائخ سمرقند ولم يتضح لى عرف الناس فى هذا الان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا فى ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان يقيد الجواب فى هذا ويقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فاما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف فى ديارنا بل المتعارف فيه حرام كلاك ونحوه كاكل كذا ولبس دون الصيغة العامة وهى كل حلال على حرام وتعارفوا ايضا الحرام يلزمنى ولا شك فى انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل كذا ولا افعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمنى لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهى طالق وتجب امضاؤه عليهم وفى القنية لو قال حلال الله على حرام او قال حلال خدا اى وله امرأة ينصرف اليها من غير نية وعليه الفتوى وان لم تكن له امرأة تجب عليه الكفارة قال المصنف وكذا ينبغى فى حلال بر وى حرام للعرف يعنى يقع به الطلاق على ما اختاره المفتوى واختلفوا فى قوله هر چه بدست راست گيرم بر وى حرام انه هل تشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال فى الخلاصة لا يصدق انه لم ينو ولو قال هر چه بدست راست گرفته ام فهو بمنزلة قوله گيرم ولو قال هر چه بدست چپ گيرم فى مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هر چه بدست گيرم ولم يقل راست او چپ فهو كقوله بدست راست گيرم والحاصل ان المعتبر فى انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال اردت غيره لا يصدقه القاضى وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اى غير معلق بشرط كان يقول لله على صوم شهر او حجة او صدقة او صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها واجب فعليه الوفاء بها وهذا شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلوة فانه لا يلزم لانه غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب اما كون المنذور معصية يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب ان نذر صوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث ذكرناه فى مختصر الاصول ومذهب احمد رحمه فيه كفارة يمين علينا لحديث ورد فيه وهو قوله عليه السلام لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذى بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح بين علته وكذا قال الترمذى وقوله فعليه الوفاء به اى من حيث هو قربة لا بكل وصف التزمه به اوعين وهو خلافية زفر ولو نذر ان يتصدق بهذه الدرهم فتصدق بغيره عن نذره او نذر التصدق فى هذا اليوم فتصدق فى غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق على غيره عن نذره اجزاه فى كل ذلك خلافا لزفر له انه اتى بغير ما نذره ولنا ان لزوم ما التزمه باعتبار ما هو قربة لا باعتبارات اخر لا دخل لها فى صيرورته قربة وقد اتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين فى المسجد الحرام فاداها فى اقل شرفا منه او فيما لا شرف له اجزاه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام ثم مسجد النبى صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحى ثم البيت لانه نذر بزيادة قربة فتلزم قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزامه الى لزوم التخصيص بمكان فكان لغوا وبقى لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد والجواب ان محمدا

لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه قال اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع وهذا التفصيل هو الصحيح

اجزء وكذلك والا ابو يوسف فانما صحح بوضوء لانه حين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لان التزام المشروط التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره
اذا نذرهما بلا قراءة لزمتاه ركعتين بقراءة او نذر ان يصلي ركعة واحدة لزمتاه ركعتين او ثلثا لزمتاه اربع وقال زفر لا يصح النذر في
الاوليين لان الصلوة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلث يلزمه ركعتان لانه التزمه ركعة بعد الثنتين فصار كما اذا
التزمها منفردة على قوله ولنا ما قدمناه وهو ان الالتزام بشيء التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلوة بلا قراءة ولا الركعة الواحدة الا بضم الثانية لشفع فكان ملتزما
القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلوة بلا وضوء حيث ابطله والتزامها بلا قراءة حيث اجازه والفرق ان الصلوة بلا طهارة
ليست عبادة اصلا وبلا قراءة تكون عبادة كصلوة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا ان هذا المكان محلها بالاصالة فلم ار اخلاءه
منها نصيحة لدين رب العالمين **قوله** لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا انه
مستغنى عنه في لزوم المنذور بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المص في كتاب الصوم بان المنذور واجب للآية وتقدم
الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذ خص منها النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة والسنة
كثيرة منها حديث في البخاري من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه روته عائشة رض والاجماع على وجوب الايفاء به استدل من قال من
المتأخرين بافتراض الايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا فاما بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان
لو افطر فيه يوما لا يلزمه الا قضاؤه كذا هذا وان لم يعين بعينه كشهر ان شاء تابعه وان شرط التتابع لزمه فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار
قال الطحاوي اذا اضاف النذر الى سائر المعاصي كلله علي ان اقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث لله علي ان اطعم المساكين على عشرة
عند ابي حنيفة يقع على طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله علي ان اعتق هذه الرقبة وهو يملكها فعليه ان يعتقها فان لم يعتقها اثم
ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة اذبحها او ذبحت شاة لا يلزمه شيء ولو قال اذبحها واتصدق بلحمها لزمه قال لله علي ان اذبح
جزورا فاتصدق بلحمه فذبح مكانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث الذي
رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز ولا معلق ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله علي
كذا وعن ابي حنيفة رح انه رجع عن هذا وعن لزوم عين المنذور اذا كان معلقا بالشرط الا انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد اذا
قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة ان شاء حج او صام سنة وان شاء كفر فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة او صوم ثلثة ايام والاول وهو لزوم الوفاء
عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر وروي عن عبد العزيز بن خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة
قرأت كتاب النذور والكفارات على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا
ابو حنيفة رح قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسمعيل الزاهد وقال الولوالجي
مشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة قال لكثرة البلوى في هذا الزمان ووجه الظاهر العموم من آية الكريمة
والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم من حديث عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان
يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مقتضى الايفاء بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق ولا اشكال الا ان المعلق

ف والاول

قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه السلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد برئ من يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بمنزلة الاستثناء والفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في ان سبب الايجاب وهو الحنث منتف حالة التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفاء واختار المص والمحققون ان المراد بالشرط الذي يجري معه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار وكلام فلان فانه اذا لم يرد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان تعليق النذر على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دائما وان كانت مجلبة للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه عم انه نهى عن النذر وقال انه لا يأتي بخير الحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي او قدم غائبي او مات عدوي فعلي صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا عين فعل المنذور لانه اذا اراد كونه كان مريدا كون النذر وكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء فصار محل ما يقتضي الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه محل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند طائفة من الفقهاء نذر اللجاج ومذهب احمد فيه هذا التفصيل الذي اختاره المص واستدل ابن الجوزي في التحقيق للاكتفاء بالكفارة في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا لما قلنا وهذا التقرير اولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين للمنع فاجزأ فيه الكفارة بخلاف الذي يريد كونه ويرد على هذا التقرير ان اليمين كما تكون للمنع تكون للحمل فلم يتميز معناها بما لا يراد كونه فالفرق على هذا الحكم **قوله** ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وكذا اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شيء وقال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رض وكذلك قال موسى عم ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا بوعده وتقدم في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشياء كلها بمشيئة الله تعالى فلا يتغير بذكره حكم ولجمهور قوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه ابو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق للمحلوف عليه بمشيئة الله تعالى اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشيئة الله تعالى فاذا خرج لا يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشأ عدم الخروج وهذا ينتقض على مالك في اليمين اما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عسر فانه اذا قال انت طالق ان شاء الله تعالى فالظاهر ان المتعلق بالمشيئة هو انت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله قوله وقوله انت طالق هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى انت طالق ان شاء الله وقوع طلاقك فخلاف اللفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشيئة ان كان لفظ انت طالق فقد شاءه حيث وجد فيوجد حكمه او نفس الوقوع فقد شاءه حيث شاء علقه وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه في الطلاق ثم شرط عمل الاستثناء في الابطال بالاتصال فلو انقطع بنفس او سعال ونحوه لا يضر والله تعالى اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى اراد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فبدأ بفعل السكنى لان اول الافعال التي يحكم

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانه يبنى للبيتوتة فيه في بعض الاوقات قصارى كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفاتهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دار الخربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك فالبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر اغو وفي الشائع معتبر

اليها الانسان ان يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول في مكان الزم للجسم من اكله ولبسه **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او الكنيسة وهي متعبد اليهود والبيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل ان الايمان مبنية على العرف عندنا لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي ولا على الاستعمال القرآني كما عن مالك وهو لا على النية مطلقا كما عن احمد لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي اعني الالفاظ التي يراد بها معانيها التي وضعت لها في العرف كما ان العربي حال كونه بين اهل اللغة انما يتكلم بالحقائق اللغوية فوجب صرف الناظر المتكلم الى ما عهد انه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم في الفرع الذي ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف وما اذا لم يكن العمل بحقيقته ولا يخفى ان هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا فيما من الفاظ ليس له وضع لغوي بل احدثه اهل العرف وان ماله وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه اللغوي وان تكلم به متكلم من اهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من اهل اللغة وغيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين اهل اللغة واهل العرف تعتبر اللغة على انها العرف واما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه في عموم بيتا حنث وان لم يخطر له وجب ان لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت فنظر ان مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون معنى عرفيا له وان كان له نية شيء واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره واذا عهد فنا هذا فالكعبة وان اطلق عليها بيت في قوله تعالى ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع وكذا بيت العنكبوت وبيت الحمام ولكن اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد به ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز ان كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع في بعض الاوقات فيحنث والحاصل ان كل موضع اذا اغلق الباب عد داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للمبيت من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها اربع حوائط كما هي صفات الكوفة او ثلثة على ما صححه المص بعد ان يكون مسقفا كما هي صفات ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر ان مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان سابا طا وهو ما على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع اطرافها على جدار الباب واطرافها الاخرى على جدار الجار المقابل له وسيأتي ان السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا **قوله** ومن حلف لا يدخل

دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب وقد شهدت اشعار العرب بذلك قال النابغة الذبياني وابهمه زياد بن معاوية ~ بادار مية بالعلياء والسند + اقوت وطال عليها سالف الابد + وقفت فيها اصيلانا اسائلها + عيت جوابا وما بالربع من احد + الا الاواري لايا ما ابينها + والنؤي كالحوض بالمظلومة الجلد + اذا كانت الدار بالعلياء فالسند

فلو حلفت لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم اخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدارية

وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اى يصعد لم يضرها السيل واقوت اقفرت وطال عليها سالف الابد بالباء السالف الماضى والابد الدهر اى طال عليها ماضى الزمان وهذا كناية عن خرابها واصيلانا تصغير جمع اصيل اصلان كبير وبقران وهو عشية النهار وقد تبدل نونه لاما فيقال اصيلال وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذى وقف فيه للمسائلة وهذا السوال ترجع وتحسر وعييت جوابا عجزت يقال فى تعب البدن اعيا وفى الفعل اعيى وفى كلال اللسان عيى ورقى فاضل قادما الى المدينة ماشيا فقال له مولاه عيى ام اعيى فقال بل اعييت فوضع اعييت جوابا فى البيت المذكور مكان عييت خلافا للمعروف والاوارى جمع آرى وهى مجالس الخيل ومرابطها واللاى البطوائى تبتنى لها بطحة فاستلزم تعبا ومن فسر اللاى بالشدة فهو باللازم فان البطو فى التسيير لا يكون الا لتعب فيه والنؤور حاجز من تراب يجعل حول الخباء لمنع السيل من دخوله وما وقع فى بعض المواضع من انه حفيرة غلط وما عسى ان يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بيرا امتلأ فى لحظة وفاض وانما هو ذكرنا ولذا قال فى البيت

بعده ردت عليه اقاصيه ولبده ضرب الوليدة بالمسحاة فى النا يعنى ردت الوليدة وهى الامة الشابة ما تباعد من تراب النؤور بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة فى النار وهى الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وصف به واراد بالمظلومة الارض التى لم تمطر والجلد الصلب فيكون النؤور والوتد اشد ثباتا فيها وقال امرؤ القيس يا دار ماوية بالحائل فالسهل فالحقتين من عاقل صم صداها وعفا رسمها واستعجمت عن منطق السائل يريد انها مفقرة لا انيس فيسمع صوته او لا احد يتكلم فتجيبه الصدى وهو الذى يسمى بانية الجبل وقال امرؤ القيس لمن طلل البصرة فشجانى كخط زبور فى عسيب يمانى ديار الهند الرباب وقرتنى ليالينا بالتعفف من يدلانى يريد درست وخفيت الآثار كخفاء خط الكتاب ورقته اذا كان فى عسيب يمان وكان اهل اليمن يكتبون عهودهم فى عسيب النخلة وهذه الاشعار وما لا يحصى كثيرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التى ذكروها لم يكن فيها بناء اصلا بل هى عرصات منزولات انما يضعون فيها الاخبية لا ابنية الحجر والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما الكلام فيها كونها قد نزلت غيرها فى عرف اهل المدن لا تقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها غالبا اذا امحت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار فى العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان والحقيقة ان يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بان صارت لا بناء لها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال فى مقابله فيما اذا حلف لا يدخل فيها الدار فدخلها بعد ما صارت صحراء حنث انما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم اذا توارد حكمهما على محل فاما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى ان يحنث فى المنكر الا ان يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير ان الوصف فى الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفى الغائب معتبر

لانه المعرف له قوله ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام ولو بنيت مسجدا او حماما او بستانا او بنى بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا وكذا اذا غلب عليها الماء او جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعدما انهدم المبنى ثانيا فى الحمام وما معه لانه لا يعود اسم الدارية بناء مشدودة وكذا اذا بنى دارا

وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله وبعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت لانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام **قال** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان للمعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث **قال** واذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار

بعد ما انهدم بانى ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار عرفا فعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحراء مشكل لان كون الاشارة تعين الذات انما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفى ويقتضي ايضا انه لو دخلها بعد ما انهدمت بنيت دارا اخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس عين ذلك والحكم عندهم خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على المجموع كما لو حلف لا يكلم زيدا وعمرا او اهل الكوفة لا يحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزءا بل المعتبر كون الرعية بيتا لا يشكل عليه عدم الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء لوجود تمام المسمى **قوله** وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لان اسم البيت وقد زال بالانهدام لزوال سماه وهو البناء الذي يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها ولو بقيت الحيطان وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك ان ذكر السقف في الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه تعين ان البيتوتة والبيت لا يلزم في مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي وكذا اذا بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبنى غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت شعر او فسطاطا ان كان من اهل البادية حنث والا لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان ظفر من سطح الى سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبنى مختلف فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجا في العرف الا يرى ان فناء المسجد له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد ولا شك انه خارج فالاقرب ما قيل الدار عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحظيرة فلو لم يكن له حظيرة فليس هو الا في هواء الدار فلا يحنث من حيث اللغة ان يكون عرف انه يقال انه داخل الدار والحق ان السطح لا شك انه من الدار لانه من اجزائها حسا لكن لا يلزم من القيام عليه ان يقال في العرف دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف حتى صح ان يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحيل وهذا في عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حظيرة وجواب المتاخرين المعبر عنهم بقوله وقيل في عرفنا يعني عرف العجم لا يحنث الا بالوقوف على السطح على ما اذا لم يكن له حظيرة اتجه وهذا اعتقادي **قوله** وقيل في عرفنا لا يحنث ما بالوقوف على السطح وكذا لا يحنث بالصعود على شجرة داخلها لانه لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا اذا قام على حائط منها **قوله** وكذا اذا دخل دهليزها يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو ان يكون له حوائط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس لازما في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي **قوله** وان وقف في طاق الباب وهو يحنث اذا اغلق الباب بان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل راسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احداهما او راسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك وقد كان عم يناول راسه عائشة لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين فلا يكون باحدهما داخلا

ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته لم يحنث وحلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر يحنث لوجود الشرط وان قال ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منها ما تحقق

كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج عن الباب من الدار ولو ادخل رأسه او احدى رجليه او حلف لا يخرج فاخرج احدهما او رأسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رح وقد كان عم يناول رأسه عائشة رض لتغسله وهو معتكف في المسجد وهي في بيتها ولان قيامه بالرجلين مما لا يكون باحدهما داخلا ولا خارجا وفي هذا خلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامرأته ان خرجت الا باذني فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدمها سال لو اغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا وبعضه الباقي خارجا ان كان اعتماده على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل وعليها لا يحنث وفي المحيط ولو ادخل احدى رجليه لا يحنث وبه اخذ الشيخان الامامان شمس الائمة الحلواني والسرخسي هذا اذا كان يدخل قائما فاما اذا كان يدخل مستلقيا على ظهره او بطنه او جنبه فتدحرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ساقاه خارجا ولو تناول بيده شيأ من داخل لا يحنث

فروع حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرها اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو يحتمل لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح انه لا يحنث فلو خرج بعد دخوله مكرها اي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح الطحاوي وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسيأتي تتمته ولو اشتد في المشي فوقع في الباب يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد اشرع الى السكة حنث اذا كان احد بابيه في السكة والآخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارا او رستاق كذا اذا دخل ارضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارا على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا يدخل كورة مصر او بلاد مصر وهو بالشام فدخول العريش يحنث على الحمل على العمران لا يحنث حتى يدخلها ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل الفرات فدخلت سفينة في الفرات او دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت قدمي في دار فلان فكذا فوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم ههنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل لوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فهدم ثم بني مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا اذا دخل بيتا في طريق السكة ان كان له باب فيها حنث وان كان ظهره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها باب حين حلف وجعل لها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضاء ولو حلف لا يدخل دارا فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقي منه حنث اذا وصل هناك وان كان لا ينتفعون به انما هو لاستيثاق القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط فتقوض وضرب في مكان آخر فدخله حنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها اياما وهو المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث وان قصر لان الدوام له حكم الابتداء في الدخول حتى صحت ارادته اعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى به المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل ابتداء لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وجه الاستحسان ان الدخول حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل والدوام لذلك فليس له دوام مفهوم لا جزء مفهومه لكونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم الدخول عادة وان قيل اذا كان الدخول يراد به المكث لا يتقيد الحنث به لان اليمين لا تنعقد على المعنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان حلف ليدخلها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى

فان لبث على حاله ساعة حنث لان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لانه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت لو نوى الابتداء الخالص يصدق لانه محتمل كلامه

الف حنث لانه لم يدخلها فيه اذ لم يخرج ولو نوى بالدخول الاقامة فيه لم يحنث وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان فان القياس الكائن في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع الى الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ ادخل معنى استمرار مقيما فيقضي العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسألة عليها الائمة الاربعة الا في وجه عند الشافعي كقول زفر ونظير المسألة حلف لا يخرج وهو خارج يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسائل التي ذكرها بقوله لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها او لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته او نزل او اخذ في النقلة لم يحنث خلافا لزفر اما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافعال لها حكم الدوام بحدوث امثالها ولهذا لو قال لها كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة اخرى كذلك طلقت اخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وان طال مكثه لان لفظ ركبت اذا لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له حكم الابتداء بخلاف حلف الراكب لا يركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل وما في حكمه عرفا واتضح على ان هذه الافعال لها دوام بتجدد امثالها بقوله الا يرى انه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجازي الكلام دخلت عليه يوما مرادا به اما مجرد بيان الظرفية لا التقدير واما مطلقا الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك اعني عدم ضرب المدة تقديرا للدخول دليل انه ليس فيه تجدد امثال يصير به مكررا ليحنث بحدوث المتكررات فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا ان ينوي به البقاء وهذه على عكسه فيعتبر بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم من الابتداء والبقاء واما الابتداء فقط فمحتمله حتى لو اراد بقوله لا اسكن واركب والبس ابتداء الفعل فقط صدق لانه محتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا وراكبا ولابسا وفرع بعض اهل العلم على كون هذه لها تجدد امثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا واستمر لابسا حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انما يحنث بتاخير ساعة اذا امكنه النقل فيها فاما اذا لم يقدر بان كان بعد الليل وخوف اللص او منع ذي سلطان او عدم موضع ينقل اليه او اغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه او كان شريفا او وضيعا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر واورد ما ذكر الفضلي فيمن قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد او منع من الخروج حنث وكذا اذا قال لامراته وهي في منزل ابيها ان لم تحضري اليوم منزلي فطالق فمنعها ابوها حنث اجيب بالفرق بين كون المحلوف عليه عدما فيحنث بتحققه كيف ما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه كالسكنى لان المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث وسنذكره في فروع توضيح الوجيه بابه ان شاء الله تعالى وكذا لو بقي ايا ما في طلب مسكن وترك الامتعة والاهل في هذه

الليلة

قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه ومتاعه واهله منها ولم يرد الرجوع اليها حنث لانه يعد ساكنا بمقام اهله ومتاعه فيها عرفا اذ السوقي عادته نهاره في السوق ويقول اسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح لانه لا يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الاول والقرية بمنزلة المصر في احد الجوابين ثم قال ابو حنيفة رح لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد ثبت بالكل فيبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف رح يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد رح لا يعتبر نقل ما يتعذر به كل خدائيته لان ما وراء ذلك ليس من السكنى وهذا احسن وارفق بالناس

بنه والايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثنى اذا لم يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اخذ في النقلة شيئا فشيئا فان كانت النقلات لا تفتر لا يحنث ولو امكنه ان يستاجر من نقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل يقدر بما يسمى ناقلا في العرف واما الثاني فوجه قول زفر رح ان الحنث قد وجد بما وجد من القدر اليسير من السكنى والركوب واللبس ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما يحتمله الزمان وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسئلة فرع التي قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من ساعته يبرز كمعنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين انه لا بد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل والمال وكذا الحلف على ان لا يسكن في هذه المحلة او السكة لو خرج بنفسه عازما على العدم العود ابدا حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقلهم لانه يعد المتاهل ساكنا بمحله يسكني اهله وماله عرفا واستشهد للعرف بان السوقي عادته نهاره في السوق بحيث لا يخرج منه الا ليلا او بعض الليل ايضا ويقول انا ساكن في محلة كذا وذلك لقرار اهله وماله بها وبهذا القول وقال احمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج بنية التحويل قيل وهذا الخلاف بيننا وبينه مبني على ان العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة بخلافها وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل فلا شك في انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة بخلافها لظهورها على الحقيقة والحالف يريد ذلك ظاهرا فيحمل كلامه عليه والعادة ان من كان اهله بمكان ببلدة هو بها ساكن فيه عملا للعرف فيبنى اللفظ عليه وهذا اذا الحالف مستقلا بسكناه قائما على عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابيه او امرأة مع زوجها فلو حلف احدهما لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وترك اهله وماله وهي زوجها ومالها لا يحنث وقيده الفقيه ابو الليث ايضا بان يكون حلفه بالعربية ولو عقد بالفارسية لا يحنث اذا خرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بسكناه نعم لقائل ان ينظر فيما استشهد به للعرف وذلك ان السوقي انما يقول انا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسئلة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى ان العرف على انه ساكن ما لم ينتقل اهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد ان ينتقل عن مسكنه ولكن لم ينتقل بعد **قوله** ولو كان اليمين على المصر اه ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الخارة فلو كان حلف لا يسكن هذا المصر او هذه المدينة قلنا لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رح نقله الفقيه ابو الليث رح عن امالي ابي يوسف لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك اهله وماله عرفا فلا يقال لمن اهله بالبصرة وماله وهو بنفسه فاطن في الكوفة وهو ساكن بالبصرة والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب ولو حلف لا يسكن هذه القرية او البلدة وهو فيها فانتقل الى قرية اخرى وترك اهله وماله في الاولى لا يحنث وقوله في الصحيح احتراز ممن قال هي كالحلف لا يسكن الدار فيحنث **قوله** ثم قال ابو حنيفة لا بد في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث

ثم قال ابو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لان السكنى قد تثبت بالكل فتبقى ما بقي شيء منه وقال ابو يوسف يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر وقال محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته اي سكناه لان ما وراء ذلك ليس من السكنى اذ ليس من حاجتها قال الله تعالى قالوا هذا احسن واوفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم من صرح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على ان الفتوى على قول ابي يوسف ولا شك ان الدار ههنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن اولا والحق ان من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من امتعته فيه ما يقوم به امر سكناه وهو على نية نقل الباقي ان يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة اما الاهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا **قوله** وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة او المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف لا لا بما في الزيادات كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بمكة فلما توطن بمكة بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لانه وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق ان يرجع قبل ان يدخل الى مكة صلى بالكوفة نادرا عليها اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول ما لم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال ابو الليث ان سلم داره باجارة او رد الاستاجرة الى المواجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا اخرى واطلاق عدم الحنث اوجه وكون وطنه باقيا في حق اتمام الصلوة ما لم يتوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل ينقطع من العرف فيمن نقل اهله وامتعته وخرج مسافرا ان لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكني هذا المكان وهو قاصد سكني كذا واذا لم يتحرك قصد سكان معين قيل هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر اين يسكن واذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب وغير ذلك

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت اوردها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد او الدار او البيت او غير ذلك فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا ان يحمله ويخرجه كارها كذلك لا الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعله فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره الوحلف

لان السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقى منتفية في المبسوط وهذا اصل لابي حنيفة حتى جعل صفة السكون في العصير بالنقاء من ان يكون خمرا وبقاء مسلم واحد آمنا في بلدة ارتدا بها ما نعا من ان تصير دار الحرب الا ان مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقي يتاتى به السكنى والا بقاء كمنسته او وتد او قطعة حصير لا يتبقى بها ساكنا فيها فلا يحنث وحقيقة وجه دفعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان اراد مجموع الكل هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه الى القرار في المكان منفناه والا لزم انه لو سرق بعض تلك الامتعة انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانما هي منوطة في العرف بقراره في المكان على وجه الانقطاع اليه مع ما يتاتى به رفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون الكل على ان الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل اهله وبعض ماله يريد ان ينقله بعد ذلك او تركه لتفاهته وعدم الالتفات اليه تاركا لسكنى ذلك المكان وقال ابو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر بان يغفل عن شيء كابرة في شق حائط او يتعسر وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدائيته اي سكناه فيما انتقل اليه لان ما وراء ذلك ليس من السكنى اذ ليس من حاجتها قال الله تعالى قالوا هذا احسن واوفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم من صرح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على ان الفتوى على قول ابي يوسف ولا شك ان الدار ههنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن اولا والحق ان من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من امتعته فيه ما يقوم به امر سكناه وهو على نية نقل الباقي ان يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة اما الاهل فلا بد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا **قوله** وينبغي ان ينتقل الى منزل آخر حتى يبر بالاتفاق فانه لو انتقل الى السكة او المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف لا لا بما في الزيادات كوفي نقل عياله الى مكة ليتوطن بمكة فلما توطن بمكة بدا له ان يرجع الى خراسان فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لانه وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق ان يرجع قبل ان يدخل الى مكة صلى بالكوفة نادرا عليها اربعا لان وطنه بالكوفة قائم ما لم يتخذ وطنا آخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول ما لم يتخذ وطنا آخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال ابو الليث ان سلم داره باجارة او رد الاستاجرة الى المواجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا اخرى واطلاق عدم الحنث اوجه وكون وطنه باقيا في حق اتمام الصلوة ما لم يتوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل ينقطع من العرف فيمن نقل اهله وامتعته وخرج مسافرا ان لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكني هذا المكان وهو قاصد سكني كذا واذا لم يتحرك قصد سكان معين قيل هو الآن غير ساكن في مكان حتى ينظر اين يسكن واذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت اوردها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد او الدار او البيت او غير ذلك فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الآمر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا ان يحمله ويخرجه كارها كذلك لا الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعله فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه لا يعدم الفعل عندنا ونظيره الوحلف

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم الى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمنضم بعد ذلك بين خروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريد بها الرجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الزوال قال ابن حامد لا يأتين البصرة فلانا حتى يخرج من الحراء حنث لان البر قبل ذلك

لا يأكل هذا الطعام فاكره عليه حتى اكله حنث ولو اوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث ح لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر المجرد والرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول بحنث يجعل الرضا ايضا ناقلا دفع بدفع اتفاقي وهو ما اذا امره ان يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر ولو اتلفه وهو ساكت ينظره فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا اولا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا لانسان او بصبوب ريح جملة بل يحل اليمين قال السيد ابو شجاع يحل وهو ارفق للناس وقال غيره من المشايخ لا يحل وهو الصحيح ذكره الفقيه ابو الليث وقاضي خان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف يحل اليمين فبقيت على حالها في الذمة ويظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح

قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمنضم بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر الذي ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على حنثه فيحنث برجع او لم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ اخرج معنى اسافر ليعلم بان البقي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج بقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد ابن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المص وهو الاصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس اي يزيله بهجر وتحقق الزوال بتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعماله اذ غاية الامر ان يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين احدهما التحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والاتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد او لم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية **قوله** فان حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بينه وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا او ليعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم الحلال فتبقى الى ان يقع اليأس عن البر فيحكم ح بالحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء

ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير قال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان والحج
اما لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث ان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة قيما يقارن
الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في التعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة
كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث
اذ لا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر
العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من اجزاء الحيوة فان كان الحالف بطلاقها لا يفعل ولم يفعل حنث بموت احدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت
هذه المسئلة في الطلاق وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل غدا كذا فعبدي
حر فمات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده **قوله** ولو حلف اي بالله او بالطلاق او بعتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته
في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم اتك غدا ان استطعت ولا نية له انصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف
عليه وصحة اسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه فهذا ما اراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة اي دون الاستطاعة
التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بالتأثير لها فيه لان افعال العباد مخلوقة لله ولو اراد هذه بقوله ان استطعت
صحت ارادتها فاذا لم يأته لعذر منه او لغير عذر لا يحنث كانه قال لاتينك ان خلق الله تعالى اتياني او الا ان تخلق الله اتياني
وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والا لاتى واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء او ديانة
فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه
اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول اوجه لانه فان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله
عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه
القاضي في خلاف الظاهر **قوله** ومن حلف ان لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث
ولا بد من الاذن في كل خروج وشذ ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراءه الخروج
الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المأولة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرجي الا باذني وطريق
اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه
قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف انه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف
النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه
لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما ان الاذن انما يسمى اذنا لكونه علما او لا قوصفا والاذن لم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق او واحدة
لا تخرجين الا باذني مقيد ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا خلف انسانا ليرفع اليه خبر كل
داخل في المدينة كان على مدة ولايته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا
لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي اما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية في قوله
لا تخرجي حتى اذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما
قبلها فيستعمل الا باذني لمعنى حتى اذن وفي حتى اذن يحمل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى انها ايضا يوجب التكرار واستدل بقوله تعالى
فسألوهن فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على ان التكرار مراد فلا نزاع وانما الكلام في انه هو مؤدى اللفظ

قال ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم الى حاجة اخرى لم يحنث لان الموجود خروج مستثنى والمنفى بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريد اليها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط اذ الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لانه عبارة عن الوصول قال الله تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان وقيل كالخروج وهو الاصح لانه عبارة عن الوصول وان حلف لياتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته لان التوقيت ذلك هو حسب

لا يأكل هذا الطعام فاكره عليه حتى اكله حنث ولو اوجر في حلقه لا يحنث ولو حمله برضاه لامره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث ح لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل صار كالآمر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر المجرد والرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول بحنث يجعل الرضا ايضا ناقلا وفع بفرع اتفاقي وهو ما اذا امره ان يتلف ماله ففعل لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر ولو اتلفه وهو ساكت ينظر فلم ينهه ضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا او لا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا لانسان او بصبوب ريح حتى دخل اليمين قال السيد ابو شجاع تحل وهو ارفق بالناس وقال غيره من المشايخ لا تحل وهو الصحيح ذكره التمرتاشي وقاضي خان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه الحلوف عليه كيف يحل اليمين فبقيت على حالها في الذمة ويظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج بل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح

قوله ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج الى جنازة ثم ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه والمنفي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذهاب ليس كذلك **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف على عدمه فيحنث برجع او لم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمرانه وقد قالوا انما يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ اخرج معنى اسافر بتسليم بان المنفي اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ولو حلف لا يأتيها فخرج بقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد ابن سلمة واختاره فخر الاسلام قال المص وهو الاصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس اي يزيله فيجري تحقق الزوال بتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعماله لانه غاية الامر ان يكون صادقا مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين احدهما التحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى به الخروج والاتيان صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصد او لم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية **قوله** فان حلف ليأتين البصرة هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بينه وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا او ليعطين فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع اليأس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر وحيث لم يقيد اليمين بوقت يفوت البر بفواته لم تسقط اليمين ولم يلزم الحلال فتبقى الى ان يقع اليأس عن البر فيحكم ح بالحنث ولا يقع اليأس الا في آخر جزء

ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وذكر في الجامع الصغير وقال اذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان والمجموع
امر لا يقدر على اتيانه فلم يأت حنث وان عنى استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لان حقيقة الاستطاعة قيما يقارن
الفعل ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الاسباب في التعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه ويصح نية الاول ديانة لانه نوى حقيقة
كلامه ثم قيل يصح قضاء ايضا لما بينا وقيل لا يصح لانه خلاف الظاهر قال ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث
اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج لان المستثنى خروج مقرون بالاذن وما وراءه داخل في الحظر
العام ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر

من اجزاء الحيوة فان كان الحالف لبطلانها لا يفعلن ولم يفعل حنث بموت احدهما ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت
هذه المسئلة في الطلاق وفي المقيدة تتعلق بآخر الوقت فلو مات قبل مضي الوقت ولم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل غدا كذا فعبدي
حر مات قبل الغروب ولم يفعل لا يعتق عبده **قوله** ولو حلف اي بالله او بطلاق او عتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته
في التعليق ان يقول امرأتي طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولا نية له تصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف
عليه وصحة اسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ما اراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة اي دون الاستطاعة
التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بالتأثير الحقيقي لان افعال العباد مخلوقة لله ولو اراد هذه بقوله ان استطعت
صحت ارادتها فاذا لم يأته لعذر منه او لغير عذر لا يحنث كانه قال لآتينك ان خلق الله تعالى اتياني او الا ان تخلق الله اتياني
وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والا لاتى واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء او ديانة
فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه
اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول ادخل لانه فان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله
عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه
القاضي في خلاف الظاهر **قوله** ومن حلف ان لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث
ولا بد من الاذن في كل خروج وشبه ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراء الخروج
الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المأولة من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرجي الا باذني وطريق
اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد وجه
قول محمد انه لو اذن لها مرة ثم نهى عمل نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف انه انما عمل نهيه بعد المرة لانه مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف
النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه
لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما ان الاذن انما يسمى اذنا لكونه معلما او لكونه مزيلا للمنع ولم يوجد ثم انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق او والله
لا تخرجين الا باذني مقيد بنفاذ النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل
داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا
لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي اما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجب الغاية في قوله
لا تخرجي حتى اذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية مخالف لما
قبلها فيشتبه الا باذني لمعنى حتى اذن وفي حتى اذن يحمل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم في حتى انها ايضا يوجب التكرار واستدل بقوله تعالى
فاستأنسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن نقول ان قام الاجماع على ان التكرار مراد فلا نزاع وانما الكلام في انه هو مؤدى اللفظ

ولو قال الا ان اذن لك فلان فاذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث لان هذه كلمة غاية فينتهي اليمين بوجوده اذا قال حتى اذن لك

فقلنا لا فانه اذا قال حتى اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ما هو اذن وبمرة واحدة من الاذن يتحقق ما هو اذن فيتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر غيره من دليل آخر لو علم انه اريد به خلاف مقتضاه وظاهره فالشافعي في قوله الا باذني انه انتهى اليمين بخروجه واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفي وجه كقولنا وهو اختيار المزني والقفال **قوله** ولو قال الا ان اذن لك فاذن بها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه لم يحنث ونقل عن احمد لزوم تكرار الاذن فيه ايضا مثل الا باذني وهو قول الفراء وهذا لان المعنى الا خروجا باذني لان ان والفعل في تاويل المصدر ولا يصح الا خروجا باذني فلزم ارادة الباء فصار باذني والجواب انه لا بد من احد الامرين اما ما ذكرتم من ارادة الباء المحذوفة اذ ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجاز اي حتى اذن لك وعلى الاول يكون كالاول على الثاني ينعقد على اذن واحد واذا لزم في الا ان اذن لك احد المجازين وجب الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم فان قيل قد تحقق بمعنى ما باضمار الباء ايضا في قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم الآية والثابت وجوب تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤن الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منهما يستقل فيه دليل على المنع والفعل مع كل متكرر فانما يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الآية الاولى لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فالزم بعض المحشين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج المرأة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج ايضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي هو حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية اما هنا فبالنظر فيما ينعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعده الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ القاضي على المحلوف عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا اشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب نذرا لا يقول احد انه حنث ولزمه كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد يقال لا يجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله تعالى وكل قول اني فاعل غدا كذا الا ان يقرنه بالمشيئة سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند الاجماع ليس الا هذه الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر والكثرة من اسباب الترجيح حتى يكون غير مجاز الحذف اولى يجب ان يكون في غير ما يكون الحذف فيه مطردا والمستمر المفهوم من اللفظ بلا زيادة تأمل وانت علمت ان حذف حرف الجر مع ان وان مطرد ولفظتان آخران هما الى ان اذن لك ويجب ان يسلك به مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء وهذا كله بخلاف ما لو قال لا اكلم فلانا الا باذن فلان او حتى ياذن او الا ان ياذن او الا ان يقدم فلان او حتى يقدم او قال الرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر بها اليمين في هذا كله لان قدوم فلان لا يتكرر عادة والاذن

ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور وبه قال ابو حنيفة رح باظهاره ووجهه ان من اذن لغيره بالخروج عرفا فيه الايمان عليه ولو قال لرجل جلس فنفعة عندك فقال ان لبثت فعبدي حر فخرج الى منزله وتغدى لم يحنث لان كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف الى الغداء المدعو اليه بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رح الا انه اذا كان عليه دين مستغرق يحنث وان نوى لانه لا ملك للمولى فيه عنه وان كان الدين غير مستغرق او لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينو لان الملك فيه للمولى لكنه يضاف الى العبد عرفا كذا شرعا قال عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو للبائع الحديث فتحتمل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وقال ابو يوسف رح في الوجوه كلها يحنث اذا نوى لاحتمال الاضافة وقال محمد رح يحنث وان لم ينو لاعتبار حقيقة الملك اذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عند هما

في الكلام يتناول كل ما يوجد من الكلام بعد الاذن وكذا خروج الرجل مما يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا يتناول الا ذلك الخروج انما ذون فيه عادة لان كل خروج الانسان صحيح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود الصارف عن التكرار لان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل يؤدي اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه للصارف العرفي ثم ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره كذلك **قوله** ولو ارادت المرأة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين الفور وبه قال ابو حنيفة رح باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي ان يحلف مطلقا وموقتة وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رح يمين الفور وهي يمين مؤبدة لفظا موقتة معنى تتقيد بالحال وهو انما يكون جوابا الكلام متعلق بالحال مثل ان يقال سقال تغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والسؤال الغداء في الحال فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى من منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدأ لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال فالفائدة اولى من الغاء لفظ صحيح في معناه او ما يكون بناء على امر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث بان قصده ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة ومنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا ترك ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رح يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس وجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغله وفرسه فلو ركب جمله او فيله لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لكن خصصه العرف بالركوب المعتاد والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلثة فيتقيد به وان كان الجمل ممن يركب ايضا في الاسفار وبعض الاوقات فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو ان ينعقد على الجمل ايضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابة جمال دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون بعض بان نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ وسيأتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابة مكرها لا يحنث على وزان ما تقدم في اول الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة او محمل او دابة ولو ركب دابة عبد ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث بركوبها وان نوى دابة العبد ايضا لانه لا ملك للمولى فيه عند ابي حنيفة رح واما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين اذا كان لكنه غير مستغرق الا ان ينويه فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضت اضافته الى العبد

باب اليمين في الاكل والشرب

عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترط المبتاع وان باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبائع الا
ان يشترط المبتاع اخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر رضي الله عنه عنه عرم فاختلت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا له فقصر
الاطلاق عن تناوله الا بالنية وقال ابو يوسف في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق او غير مستغرق بحيث اذا
نواه فتحقق خلافه لابي حنيفة رح فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند ابي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما في يده وعند
ابي يوسف هو مملوك السيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد يحنث في الوجوه الخمسة وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه دين مستغرق
او غير مستغرق نوى دابة العبد او لم ينو لاعتباره حقيقة الملك في الدابة المحلوف عليها اي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها
المحلوف على دابته وما في يد المأذون ملك السيد وان كان في يديه مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي
واحمد والظاهر ان ابا حنيفة رح اشعر بالعرف منا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وتلك دابة سيده فينصرف اليمين الى ما يضيفه العرف
اليه لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره واقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما ان لا ينعقد عليها
الا بقصده لانه ان نظر الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها الا ان ينويها غيره لقوله
اذا كان في يديه مستغرقا فقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف ما كان يضيفه الى السيد مع اضافته الى العبد الا باعتبار ملكه فاذا انتفى انتفى والله اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب

عقيب الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من الماكول والمشروب
اليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال والاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ الى الجوف وان ابتلع بلا مضغ
والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا في التجريد وذكر الزندويستي ان الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق
عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمضغ عبارة عن عمل اللهاة فعلى هذا لو كان في فمه شيء
فحلف لا يأكل فابتلعه ينبغي ان لا يحنث وفي فتاوى ابي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لا شك في انه اكل اذا كان مما يمضغ على تفسير
ايصال ما يحنث بمضغ الى الجوف ولا شك ان قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو في الكل فيلزم ان يحنث بابتلاع ما كان في فمه لانه لا بد من حركة شفتيه
وهذا لانه لا يمكن ان يراد من عمل الشفاه مشفهما والحق ان الذوق عمل الفم بمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف او لا وقيل فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا
فيكون بينهما عموم مطلق ولا يخفى ان الاكل اذا كان ايصال ما يحنث بشمه لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان قد يتحقق معه لزم
ان بينهما عموما من وجه فيجتمعان في ايصال ما يشم فان الشم عمل الفم اعني الخنكين وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع
بلا مضغ مما يحنث بمضغ ولا يعرف طعمه الا بالمضغ كقلب الجوز واللوز لكن في المحيط حلف لا يذوق فاكل او شرب يحنث ولو حلف لا يأكل
او لا يشرب لا يحنث بالذوق وما روي هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو ان لا يوصل الى جوفه الا ان يتقدمه كلام يدل عليه
نحو ان يقول تغدى معي فحلف لا يذوق معه طعاما وشرابا فهذا على الاكل والشرب يدل على ان عدم الوصول الى الجوف مأخوذ
في مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي ان لا يحنث بالاكل في الحلف على الذوق والذي يغلب ظنه ان مسئلة المحيط يراد بها
الاكل المقترن بالمضغ او البلع لما لا يتوقف معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بان ابتلاع قلب لوزة لا يقال فيه ذاق اللوز

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه وهو الثمر لانه سبب له فيصير مجازا عنه لكن الشرط ان لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالبسر والخل والدبس المطبوخ وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله حنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب ومن هذا اللبن فصار تمرا او صار اللبن شيرازا لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داخلة في اليمين وكذا كونه لبنا يتقيد به ولان اللبن ماكول فلا ينصرف اليمين الى ما يتخذ منه بخلاف ما اذا حلف لا يتكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ لان هجران المسلم منهي عنه فلا يعتبر الداعي داعيا في الشرع

ولا يحنث بلعابها واذا حلف لا يأكل شيئا مما لا يتأتى فيه الصنع فخلطه بغيره مما يؤكل فاكله معه حنث ولو عجن بالدقيق الاكل لم يصدق في القضاء ولو حلف لا يأكل عنبا او رمانا فجعل لعينه ويرمي ثفله ويتلبع التحصل بالمص لا يحنث فان هذا ليس اكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا يأكل لبنا فشربه لا يحنث ولو شرد فيه فاوصله الى جوفه حنث ولو حلف لا يشرب لبنا فشرد فيه فاكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية فاما اذا حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خوردن فاذا قال لغي خورم بلا نية صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا يأكل هذا الرغيف فحفنه ودقه ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث ولو اكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شربا لا اكلا فان بله بالماء فاكله حنث قوله ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالمثلثة اي ما يخرج منها لانه اضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم اكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب تصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بما تغير بصنع جديد فلا يحنث بالبسر والخل والدبس المطبوخ واحترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل منه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس بما خرج مطلقا ولذا عطف عليه في قوله تعالى يأكلوا من ثمره وما عملته ايديهم وقيل لان ما يحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لا ابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة في كلامه داخلة على النخلة تعيينية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التأويل اعني قوله لا اكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكانه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع عن انهار نضج العنب ولانه كان منكتا من القشر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصراف اليمين الى ما يخرج في الحلف لا يأكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به اي اذا اشترى به ماكولا فرع حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة اخرى فاكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث قوله وان حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث وكذا اذا حلف لا يأكل من هذا الرطب فصار تمرا او من هذا اللبن فصار شيرازا اي رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه فاكله لا يحنث لان الاصل ان المحلوف عليه اذا كان بصفة واعية الى اليمين تقيد به في المعروف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه والا لا يصلح واعية اعتبر في المنكر دون المعروف وصفة البسورة والرطوبة مما قد تدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فاكله اكل ما لم تنعقد عليه ويخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن ماكول فلا ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا سمنه ولا زبده بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي او هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ لان هجران المسلم منع الكلام معه منهي فلم يعتبر ما يحال داعيا الى اليمين من جهله وسوء ادبه اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران قد يجوز او يجب اذا كان لعلمه بان كان يتكلم بما هو معصية او يخشى فتنته او فساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم

ولو حلف لا يأكل لحم هذا الحمل فأكل بعدما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية الى اليمين فان الممتنع عند اكثر امتناعا
عن لحم الكبش قال ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او بسرا او حلف لا يأكل رطبا ولا بسرا
فأكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا
فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وكان الرطب المذنب يكون في ذنبه قليل البسر والبسر المذنب على عكسه فيكون كمن اكل البسر في الرطب وكل واحد مقصود في
الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع
ولو كانت اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا
يأكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا

الا انه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعي فتقيد بصباه وشبيبته وذكرنا فيه في المسئلة التي تليها قوله ولو حلف لا يأكل من لحم هذا
الحمل فأكل منه بعدما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية الى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث
به كبشا لوجود ذاته فيه فانا قلنا ليست داعية لان الصغر داع الى الاكل لا الى عدمه فالممتنع عنه مع صلوحه اشد امتناعا عنه
كبشا وفي هذا نظر لان الحمل ليس محمودا في الضان لكثرة رطوباته زيادة حتى قيل فيه النجس من بين الجيدين بخلافه كبشا فان
لحمه اكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوباته وهما سواء كالحالف لا يأكل من هذا الرطب فأكله تمرا لا يحنث واعلم ان ايراد
مثل هذا وما قبله في مسئلة لا اكلم هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسئلة ونسيان انها بنيت على العرف فيصرف اللفظ
الى المتعارف في العمل والعرف في القول وان المتكلم لو اراد المعنى يصح ارادته من اللفظ لا يمتنع منه ففي مسئلة الحمل العوام والفضلاء
وهو عندهم غذاء في غاية الصلاح وما يدريك بخسته الا افراد عرفوا شيئا من الطب فوجب بحكم العرف اذا لم يكن له نية ان يصرف
اليمين الى ذات الحمل لانه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا يحكم على الفرد من العموم انه على خلافهم فينصرف حلفه اليهم فيلزم
ان لا تعتبر الحلية قيدا وكذا الصبي لما كان موضع الشفقة والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية الى اليمين في حق
العموم فينصرف الى ذاته وهذا لا ينفي كون حالف من الناس عرف عدم طيب الحمل وسوء ادب صبي علم انه لا يراد عنه
الا ترك الكلام معه او علم ان الكلام معه يضره في عرضه او دينه فعقد يمينه في الاول على مدة كونه حملا وفي الثاني لا مدة صباه
فانا نقول لو اراد حالف تقييده بالحلية والصبا لم تمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وانما الكلام اذا لم ينو شيئا فانما يسلك به
ما عليه العموم اخطأوا فيه او اصابوا فليكن هذا منك ببال فانك تدفع به كثيرا من امثال هذا الغلط المورد على الائمة **قوله**
ومن حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر واليمين انعقد على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا انها داعية
لليمين **قوله** ومن حلف لا يأكل بسرا او رطبا او حلف لا يأكل بسرا ولا رطبا فأكل بسرا مذنبا بكسر النون وهو مبدأ الارطاب
من ذنبه فحنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث هكذا ذكر المص الخلاف واكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم
وشرح الطحاوي للاسبيجابي وشروح الجامعين والايضاح والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن حفظ خلافه وذكر فيها قول
محمد مع ابي حنيفة وصورة المسئلة اربع اتفاقيتان وهما ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا مذنبا او لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث
اتفاقا وخلافيتان وهي ما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا وما اذا حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا فانه يحنث
في ثانيتين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب وان
الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه فلا حنث ولذا لا يحنث بشرائه فيما في حلفه لا يشتري
بسرا او رطبا ووجه قولهما ان اكل ذلك الموضع هو اكل رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لان اكل كل جزء مقصود لانه يضع
ويتبع بمضغ وابتلاع يخصه فلا يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فانه يتعلق بجملة المشتري عينها فيكون القليل منه تبعا
للكثير الا ترى انه لو حلف عن لا يشتري رطبا واشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا

قال ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان تسميته مجازية لان اللحم
اسم لما من شأنه ان يؤكل طعاما ان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين قد ينعقد للمنع من الحرام

وكذا لو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعيرة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد في كافيه وقد يقال لولا التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فاكله وجده اما لو اكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت البقية في الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذي فيه بقعة بسر لا يقال لآكله اكل بسرا في العرف فكان قول ابي يوسف اقعد بالمبنى والله اعلم **قوله** ومن حلف لا يأكل لحما لم تنعقد يمينه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وفي حقه بالتي خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه ابي الليث يحنث فلو اكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهو رواية شاذة عن ابي يوسف لانه سمى لحما في القرآن قال تعالى لتأكلوا منه لحما طريا اي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا فرجع الى ابي حنيفة فاخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض فسأله فقال لا يحنث فقال اليس انه قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كأنك السائل الذي سألتني امس فقال نعم فقال له سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول وظهر ان تمسك ابي حنيفة انما هو بالعرف لا بما ذكر ذلك في وجه الاستحسان ان التسمية التي وقعت في القرآن مجازية لا حقيقة لان اللحم منشأه من الدم ولا دم في السمك لسكونه الماء ولذا حل بلا ذكاة فانه ينتقض بالآية تنعقد من الدم ولا يحنث باكلها لمكان العرف وهو انه لا يسمى لحما ولا تذهب اوهام اهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم وكذا لو قال اشتر لحما فاشترى سمكا عد مخالفا وايضا نمنع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان لا تبنى على الاستعمال القرآني الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا او لا يجلس على وتد فجلس على جبل لا يحنث مع تسميتهما في القرآن دابة واوتادا وهذا كله اذا لم ينو اما اذا نواه فاكل سمكا طريا او ما الخ حنث

قوله حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه **قوله** وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين تنعقد على الحرام والمين تنعقد على الحرام منعا وحملا وان وجب في الحمل ان يحنث بخلاف النذر للنص المنذر في معصية الله تعالى ولما كان يرد عليه ان الايمان تبنى على العرف ولا يذهب الاوهام في اكل اللحم الى اكل لحم الآدمي والخنزير وان سمي العرف لحما وكذا لحم الخنزير لان الواجب العرف في قولنا اكل فلان لحما فعلنا في لا يركب دابة فلان اعتبر العرف في ركب فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فيتقيد الركوب المحلوف عليه به ثم نقل العتابي خلافه فقال قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح وفي الكافي عليه الفتوى وما قيل العرف العملي لا يقيد اللفظ غير صحيح وقد رددناه في نكاح الفضولي ردا على الصدر هناك وادرد ان الكفارة فيها معنى العبادة فكيف يجب بفعل هو حرام محض واجيب بان العمل والحرمة انما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة اليمين وان كان متعلقا باليمين والحنث وانما علق بهما حتى لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده ليكون سبب الكفارة موصوفا بالاباحة والحرمة والاباحة لليمين والحظر للحنث وهذه انصراف عن المذهب المجمع على نقله من ان السبب هو الحنث وكون اليمين مذهب الشافعي والقائل الشراح عليه وكان يغني عن التهالك في اثباته فيما تقدم تسليم ان اليمين سبب ولكنا نشترط لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر وح لا خلاف بيننا وبينهم ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من ان الاضافة في كفارة اليمين

وكذا اذا اكل كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما قال ولو حلف لا يأكل الا شحما فاكل شحم الظهر عند ابي حنيفة وقالا يحنث وكذا لا يحنث شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وكذا انه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم

الى المشروط الى المسبب وكل هذا لسبب التزام الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جابرة لحرمة اسم الله الثابتة بالحنث معنية كان الحنث او طاعة واجبة او مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال ان يكون حراما وما يظن من انه يصح واجبا حراما من جهتين توهم والا فمعنى الواجب والحرام بالتعلق به خطاب الشرع نهيا عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوب الايجاد في وقت واحد فليس ذلك وهما من الاوهام وشبهه في كفارة الاحرام تثبت ولا جناية اذا كان مريضا او به اذى من راسه **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا او رئة او قلبا او طحالا يعني حنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه يعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث وذكره في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث باكل الشحم والالية الا نوادر في اللحم بخلاف شحم الظهر حنث به بلا نية لانه تابع اللحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار فيلزم كونه من نفس مسماه ولذا استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به ولابي حنيفة انه لحم حقيقة لانه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ الوان الطعام والتقلايا فيجعل قطعا ويلقى فيها ليوكل اكل اللحم ولا يفعل ذلك بالشحم ويحصل به قوته ولذا يحنث باكله في اليمين على ان لا ياكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على ان لا يبيع شحما والقاطع ينفي قولهما ان العرف لا يفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بائعه شحاما في العرف وبائع ذلك يسمى لحاما والايمان لا تبتنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما في آية الاستثناء وقول بعض الشارحين شحم الظهر اما الالية او لحم او شحم لا قائل انه الية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وايضا يقال شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله بعد ما ذكرنا لا يفيد على انا نمنع كونه ليس بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون المذوب ليس لازما مختصا واللوازم جائز كونها مساوية لملزومها وكونها اعم منه فتشترك الانواع المتباينة في لازم واحد فجاز كون المذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا نمنع انه ان لا يقال له لحم الظهر بل نقطع انه يقال له لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر او من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي من قوله فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لا يخلو من نظر بل لا ينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم قال الامام السرخسي ان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم انتهى وكذا لا ينبغي خلاف في الحنث بما على الامعاء لانه لا يختلف في تسميته شحما **قوله** وقيل هذا اي الخلاف فيما اذا قال بالفارسية فلا يقع على شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بان قال نميخورم بيه ثم اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى الية او الكبد لم يحنث لانه نوع ثالث لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم والحق انه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية والا في يمين الشحم خلافا لاحمد رح للعرف او للعادة واما انه لا يستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع استعماله **فروع** حلف لا ياكل لحم شاة فاكل لحم عنزة يحنث وقال ابو الليث رضي الله عنه لا يحنث مصريا كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ولو حلف لا ياكل لحم بقر فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لا يتناول الاعم وفي فتاوى قاضي خان ينبغي ان

ويستعمل استعمالا يحصل به تفويت ولذا حنث بالحلف في اليمين على اكل الخبز لا حنث بعيد في اليمين على مع الشرب وقيل هذا ما لم يرد
فانه يعمل بالنية لا يقع على شيء للظهر بخلاف ولو حلف لا يشتري ولا يأكل لحما او شحما ناشئ
اليه او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم والشحوم

لا يحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لا يأكل طعاما سماه فضغه حتى دخل جوفه من مائه ثم القاه لا يحنث
ولو فعل هذا في العنب فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لا يحنث وان رمى قشره فقط وابتلع الماء والحب
حنث لانه اكل الاكثر ولو حلف لا يأكل شيئا من المسلوقات شيئا اكله من الحلوا من الخبيص والعسل والسكر والتالف حنث ذكره في الاصل قال
الامام النسفي في شرح الشافي هذا في عرفهم اما في عرفنا لا يحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لا يأكل طعاما فاكل طعاما لا يحنث كمن
حلف لا يأكل الفلفل فاكل طعاما فيه فلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل يحنث لان عينه غير
مأكول فتنصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم يأكل عينه مفردا او مع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح
فيقول الفقيه يفتى وفي الخلاصة فيمن حلف لا يأكل من ملح فتنه فاخذ ماء وملحا او جعلهما في العجين لا يحنث لانه تلاشى ولو حلف لا يأكل لبنا
فطبخ بارزا فاكله ذكر النسفي لا يحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان تردى عينه ويوجد
طعمه يحنث ولو حلف لا يأكل زعفرانا فاكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لا يأكل هذا السمن فجعله خبيصا ان كله يحنث
الا اذا وجد طعمه ولم تر عينه فلا يحنث وكذا هذا التمر فجعله عصيدة فاكلها لا يحنث وفي اكل السكر لا يحنث بمصه ولا يأكل
لحما يشتريه فلان فاكل من لحم سخلة اشتراها فلان لا يحنث وعلى ان ليس في بيته مرقة وفي بيته قميلة لا يعلم
اذا علم بها او كثيرة فاسدة لا يحنث ولا يأكل من هذا القدر وقد غرف منه شيء قبل اليمين لا يحنث باكله كما لو سخنت
المحلوف على طعامها ماء طبخه غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بايقاد النار وقيل لو اوقد غيرها فوضعت
هي القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا ليس واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الايقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ ومعينه
والطباخ والمركب يوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على ما لا يوكل ان لا يأكله فاشترى به ما يوكل فاكله
حنث ولو حلف على ما يوكل فاشترى به ما يوكل فاكله لا يحنث وعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان
فاكل منه بعد خروجه من ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فاكله وكذا من ميراثه اذا اخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف مزرع
فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشراء اما لو اشترى شخص ذلك الزرع فبذره واكل منه لا يحنث
ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فاكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب فمات فورث عنه فاكله حنث ولو انتقل بشراء
او هبة او وصية ونحوها لم يحنث ولا يشتري ثوبا منه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم
غصب طعاما فاكله لا يحنث لما عرف ان الثمن انما يثبت في الذمة فيصير عليه اثم الدرهم اما لو اكل خبزا غصبه حنث ولو
اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب او قرد لا يحنث عند اسد بن عمرو وقال نصير به ناخذ
وقال الحسن كله حرام وقال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلماء لا يكون حراما مطلقا وهو حسن ولو اضطر لاكل الحرام
او الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب حبرا فطحنه ان اعطى مثله قبل ان ياكله لم يحنث وان
اكله قبل ذلك حنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه او المكره اذا فعلا شيئا حراما فهو يمين بحال

ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو أكل من خبزها لم يحنث عند أبي حنيفة وقالا إن أكل من خبزها حنث
لأن المفهوم منه عرفا لأبي حنيفة أنه إن استعمله مستعملا فإنما تؤدي بأكل قضمها وهي قاضمة على المجاز المتعارف على ما هو الأصل
عنده ولو قضمها حنث عندهما لعموم المجاز كما إذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان وإليه الإشارة بقوله في الخبز حنث أيضا
قال ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف إلى ما يتخذ منه ولو استفه كما هو لم يحنث هو الصحيح
لأن مراده أو لو حلف لا يأكل خبزا فيه على ما بينا وأهل المصر إذا أكلوا خبزا وذكر الحنطة والشعير لا يعد هو المتعارف في غالب البلدان ولو
أكل من خبز القطائف لا يحنث لأنه لا يسمى خبزا مطلقا إلا إذا أراد لأنه محتمل كلامه وكذا إذا أكل خبزا لا أرز بالعراق لم يحنث لأنه
غير معتاد عندهم حتى لو كان بطبرستان أو في بلدة طعامهم ذلك يحنث

لهما ولو أكل من الكرم الذي رفعه معاملة لا يحنث أما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لأنه عقد فاسد فإنما أكل ملك نفسه **قوله**
ومن حلف لا يأكل هذه الحنطة يعني ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نية ولو قضمها بنية لم يحنث وكذا لو أكل من خبزها أو دقيقها
أو سويقها وهو قول الشافعي وقالا إن أكل من خبزها حنث أيضا لأن الأكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولأبي حنيفة أن الحقيقة
مستعملة يعني يستعمل لفظ أكل الحنطة حقيقة أي في معناه الحقيقي وهو أن يأكل عين الحنطة فإنه معنى ثابت فإن الناس
يقلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقلى أي توضع جافة في القدر ثم توكل قضما وليس المراد
حقيقة القضم بخصوصها وهو الأكل بأطراف الأسنان بل أن يأكل عينها بأطراف الأسنان أو بسطوحها فإذا ثبت أن اللفظ حقيقة
تستعمل فهو أولى عند أبي حنيفة من المجاز المتعارف وهو أن يراد بأكل الحنطة أكل خبزها وصار كما إذا حلف لا يأكل من
هذه البقرة أو الشاة فأكل لبنها أو سمنها أو زبدها أو من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها
إذا كان مأكولا وهما يعكسان هذا الأصل ويريان المجاز المتعارف أولى ورجح قولهما بأن المتكلم إنما يريد العرف فإذا لم يكن له نية انصرف
إليه بخلاف مسألة البقرة والبيضة فإنه ليس اللفظ مجازا اشتهر فترجح على الحقيقة والذي يغلب أن المتعارف والأكثرية وجود المعنى
وهو نفس فعل أكل خبز الحنطة لا استعمال لفظ أكلت اليوم الحنطة أو لا أكل حنطة فيه بل لفظ أكلت حنطة يحتمل أن يراد أكلت
عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيرجح قول أبي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا لقلة الكثرة المعنوية توجب كثرة اللفظ الذي يدل به عليه
لأنا نقول لا يلزم ذلك إلا إذا لم يكن إلا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لأنه يقال أكلت خبز الحنطة ويقال أكلت الحنطة
بل الآن لا يتعارف في أكل الخبز منها إلا لفظ آخر وهو أكلت الخبز اللهم إلا أن ينوي أكل الخبز فيحنث به لا بالقضم أو القضم فلا يحنث
بأكل الخبز اتفاقا ولو قضمها حنث عندهما كما يحنث بخبزها وقضم بقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز
عن رواية الأصل أنه لا يحنث عندهما إذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الأئمة وقاضي خان رواية الجامع أنه يحنث قال المص وإليه
الإشارة بقوله في الخبز يحنث أيضا فإنه يفيد أنه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كمن حلف
لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول زجرا لجعله مجازا في الدخول ولو أكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لأبي يوسف فيحتاج
أبو يوسف إلى الفرق بين الخبز والسويق والفرق أن الحنطة إذا ذكرت مقرونة بالأكل يراد بها الخبز دون السويق وعند محمد اعتبر عموم
المجاز وهذا الخلاف إذا حلف على حنطة معينة أما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي أن يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الإسلام ولا يخفى أنه تحكم
والدليل المذكور المتفق على إيراده في جميع الكتب يعم المعينة والنكرة وهو أن عينها مأكول **قوله** ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق
فأكل من خبزه حنث لأن عينه غير مأكول فانصرف اليمين إلى ما يتخذ منه فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا أو خاف لم يحنث
فلو سقف منه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث بغيره إلا أن ينويه وإذا نواه لا يحنث بأكل الخبز **قوله** هو الصحيح
احتراز عن قول من قال يحنث لأنه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين إرادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لامرأته إن لم تحتشمي
فعبدي حر فزنى بها لا يحنث لانصراف يمينه إلى العقد فلم يتناول الوطء إلا أن ينويه **قوله** ولو حلف لا يأكل خبزا فعلى ما يعتاده أهل مصره

ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي ما يشوى من غيره غيره فكان الحقيقة وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فينصرف الى خاص هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لانه تشديد او ان اكل من مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر وقال يكبس في الجامع الصغير ولو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر

خبز اذ ذاك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان ولو كان اهل بلدة لا يعتادون اكل الشعير لا يحنث به ولو اعتاد خبز الذرة كالحجاز واليمن حنث باكله ولا يحنث باكل الفطائر وينبغي ان يحنث باكل الكعك لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم الزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فاكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا او لا يحنث بالعصيد والطلاج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن ابي حنيفة رح في حيلة اكله ان يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا ان يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهي اسم آمل واعمالها قال السمعاني سمعت القاضي ابا بكر الانصاري ببغداد يقول انا هي تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان وقال القتبي طبرستان معناه بالفارسية اخذ الفاس بيده اليمنى والمراد بالفاس الطبر وهو معرب التبر وهذا لا ينافي ما قاله السمعاني بقليل تامل قال العبد الضعيف اعزه الله وابقاه للمسلمين وقد ثبت لو ان بدويا اعتاد اكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها اكل خبز الحنطة واستمر وهو لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فينصرف كلامه اليه لذلك وهو متنف فيمن لم يواقعهم بل هو مخالف لهم **قوله** ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر المشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق الا ان ينوي غير ذلك كما يشوى من سمك او غير ذلك كبقول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شواء العرب وقولنا في ذلك قول احمد رح **قوله** ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم يعني بالماء حتى ان ما تخذ قلية من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف لان التعميم متعذر لان الدواء مما يطبخ وكذا القول الذي يسمى في عرفنا القول الحار ولا يقال لآكله آكل طبيخا فينصرف الى خاص هو اخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف الا ان ينوي غيره من الباذنجان وما يطبخ فيحنث به وهذا يقتضي ان لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفي الخلاصة يحنث في الارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت او سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم ايضا ولا شك ان اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في انه هو المتعارف المطلق بحيث انه لا يختص به ولو اكل من مرق اللحم حنث قال المصنف فيه من اجزاء اللحم وهذا يقتضي ان من حلف لا يأكل لحما فاكل المرق الذي طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف **قوله** ومن حلف لا يأكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها من رؤس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل راسا فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر فكان العرف في زمنه فيهما ثم صار في البقر والغنم فرجع ابو حنيفة رح عن الاعتقاد في حق رؤس الابل وفي زماننا في الغنم خاصة فوجب على المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري واورد ان العادة كما هي في الرؤس مقتصرة على رؤس الغنم او البقر معها كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يكبس اذ لم تجر العادة ببيع لحم الآدمي والخنزير واكله مع ان اليمين انعقد باعتبارهما فحنث باكل لحمهما اذا حلف لا يأكل لحما اجيب بان الاصل في جنس هذه المسائل انه يجب العمل بالحقيقة يعني اللغوية فان لم يمكن وجب اعتبار المتعارف ح واللحم يمكن فيه اكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس لا يمكن اكل

ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا أو بطيخا أو مشمشا حنث وهذا عند
أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يحنث في العنب والرطب والرمان أيضا والأصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده أي
يتنعم به زيادة على المعتاد ورطب واليابس فيه سواء بعد أن يكون التفكه به معتادا أو لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح والخوخ فيحنث بهما
وفصل في القثاء والخيار لأنهما من الأدم يوما وأكلا فلا يحنث بهما وأما العنب والرطب والرمان فمما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها
فانها أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان هذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها
فلا يتصور في معنى التفكه للاستغناء في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل أو من الأقوات

ومن حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به أدام والشواء ليس بأدام والملح أدام وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يأكل

حقيقتها اذ هي نبوع العظم مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشراء فانه يمكن في الرؤس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشراء على
العموم فيها أجيب بالمنع بل من الرؤس ما لا يمكن بيعه كرؤس الآدمي وبهذا خرج الجواب عما أورد على مسئلة الحلف لا يركب دابة انه لا يحنث
اذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فامكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب
النملة وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من ان المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند
عدم بقيته ان يحكم بان المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح التتابي وغيره في لحم الخنزير والآدمي عدم الحنث وليس الابناء على هذا الاصل المذكور
ولو كان هذا الاصل المذكور مشهورا فيه لما تجاسر أحد على خلافه في الفروع **قوله** ومن حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رمانا أو رطبا أو قثاء أو خيارا لم يحنث وان أكل تفاحا
أو بطيخا أو مشمشا حنث وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص والكمثرى وهذا التفصيل عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنث
في العنب والرطب والرمان أيضا والأصل المتفق عليه ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده ان يتنعم به زيادة على المعتاد من
الغذاء الأصلي ولهذا يقال النار فاكهة الشتاء والمزاج فاكهة والرطب واليابس فيه أي في معنى التفكه سواء بعد ان يكون التفكه به
معتادا في الحالين فان خصت العادة التفكه باحدى الحالتين دون الأخرى كالبطيخ فانها خصت التفكه به في حال رطوبته دون
حال يبسه لم يحنث بأكله يابسا وهذا المعنى أي معنى التفكه بان يؤكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش فيحنث بها اتفاقا
وغير موجود في القثاء والخيار لاستعمال البقول بيعا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع البقل ونحوه فلا يحنث بهما اتفاقا واما العنب والرطب والرمان فهي محل
الخلاف فوجه قولهما ان معنى التفكه موجود فيها بل هي أعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وأبو حنيفة يقول هي مما يتغذى
بها منفردة حتى يستغنى بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولا ينكر انها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل للحاجة
البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث باحدها الا ان ينويه فيحنث بالثلثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الأقوات هي التمر والزبيب والمشمش
قالوا هذا اختلاف زمان ففي زماننا لا يعد منها من الفواكه وافتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فافتيا به فان قيل
الاستدلال المذكور لأبي حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في ان مبناه اللغة حيث
قال الفاكهة ما يتفكه به ولا شك ان ذلك لغة والتفكه بالشيء ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه اصالة وهذا معنى اللغة واستعمال
العنب واخويه ليس كذلك وانما فقصر الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما فان قيل
وفيه دليل على ما ذكرنا أنفا من ان المعتبر اللغة الا ان لا يمكن فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك فالجواب
انه غير لازم لجواز ان يمنعها كون الاستقبال به احيانا بالنسبة الى بعض الناس يوشر في نقض كونه مما يتفكه به **قوله**
ومن حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو أدام كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد والسمن والمرق والملح
لانه يأول الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ
متعديا الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل الى المفعول به بنفسه حتى يقام
مقام الفاعل اذا بني الفعل له فانما يقام غيره من الجار والمجرور ونحوه فلذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما يصبغ

مایوکل مع الخبز وهو رواية عن ابي يوسف لان الادام من الخبز وهو الموافقة وكل ما يؤكل مع الخبز موافق له فكان الخبز تبعا
له وهو ان الادام لا يؤكل وحده وعند ابي حنيفة الاختلاف مبنيا على ان الادام هل يؤكل بانفراده عادة وتمام الموافقة لا يتحقق
الا بالاكل وغيره من المأكولات لا يؤكل وحده ما لم يشرب والماء لا يؤكل بانفراده عادة ولا يذوب فيكون تبعا له في
اللحم وما يعتاد اكله لا يؤكل وحده الا ان ينوي لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليس بادام هو الصحيح

الخبز مما لحمه كرم الخبز هو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف وقول الشافعي
واحمد والحاصل ان ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب
واشباهها ليس ادما بالاجماع اي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المص خلافا لما قيل انهما على
الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليسا بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل
وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعا للخبز يكون ادما اما البقول فليست بادام بالاتفاق لان اكلها لا يسمى
موتديا الا ما قد يقال في اهل الحجاز بالنسبة الى اكلهم الكراث وعند الشافعي البقول والبصل وسائر الثمار ادام وفي
التمر عنده وجهان في وجه ادام لما روي انه عم وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه ابو داود وفي آخر ليس
ادما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد ادما لانها لا تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة
له والمراد منه الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة حين خطب مرأة لو نظرت اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما اي
يوفق فما يؤكل غالبا تبعا للخبز موافقا له ادام والجبن ونحوه كذلك ويؤيده ما روي عنه عم سيد الادام في الدنيا والآخرة
اللحم وقال سيد ادامكم اللحم رواه ابن ماجة ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية ان ابعث الي بشر ادام على يد رجل فبعث اليه جبنا على يد رجل يسكن في بيت اصهاره وهو من اهل اللسان وبقول محمد اخذ الفقيه ابو الليث ولهما ان
الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو احيانا ليس ادما وهذا لان من المؤادمة وهي الموافقة وذلك بان يصبغ
الخبز كشيء واحد وهو بان يقوم به مقام الصبغ بالثوب وهو ان ينغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة فان الخل
ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليس كذلك فليست بادام ويرد عليه انه
ان اعتبر في مسمى الادام ما يحتاج يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه
كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا موافقا الكل في مسمى الادام لكن الادام لا يخص اسمه الا الكل منه
واستدل لابي حنيفة وابي يوسف ايضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز او قبله فلا يتحقق التبعية بخلاف المصطبغ به واجيب
عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم كونه ادما اذ يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم واما حكاية معاوية
فيتوقف الاستدلال بها على صحتها وهي مبعدة منها اذ يبعد لامام عالم ان يتكلف ارسال شخص الى بلاد الروم
ملتزما لمؤنته لغرض مهمل لكافر والسكنى في بيت الصهر فقط لا يوجب ان يكون الساكن اشر رجل فآثار البطلان
تلوح على هذه القصة ودفع الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وهما مختلطان
فيه ثمة وتحصل التبعية ح ويدفع بان التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذن جسمان متكافيان لا يكون احدهما
تبعا للآخر بخلاف ما وقع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ واما الجسمان المتكافيان فكل ما يصلح لرفع الجوع غير مفتقر

واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلوة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا يسمى الظهر احد صلاتي العشاء في الحديث والتسحر من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة اهل كل بلدة في حقهم ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء

الى الآخر في رفعه قال التمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس اختلافهم فيمن حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل سمن البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد رح قوله واذا حلف لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلوة الظهر الى نصف الليل وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغداء والعشاء اسم لما يوكل في الوقتين لا الاكل فيهما فالوجه ان يقال فالتغدي الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الخ لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمى الظهر احدى صلاتي العشي في الحديث اذ في الصحيحين من رواية ابي هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتي العشاء وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات هذا وتفسير التغدي بالاكل من الفجر الى آخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها السحر بعد ذهاب ثلثي الليل وبه افتى رح عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من مضي اكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا في عرفهم واما في عرفنا وقت العشاء من بعد صلاة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله فالاكل فيه تغد وقد اطلق على السحور غدا في قوله عم لعرباض بن ساوية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجاز القربة من الغداة وكذا السحور لما كان لا يوكل في السحر والسحر من الثلث الاخير سمي ما يوكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والتضحي الاكل في وقت الضحى ويسمى الضحاء ايضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلوة الى ان تزول واصل هذه في مسائل القضا قال الخصاف فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى ان تزول وان قال عند طلوع الشمس او حين تطلع فله من حين تطلع الى ان تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلوة عند طلوع الشمس والنهي يمتد الى ان تبيض والمساء مساآن احدهما بعد الزوال والآخر بعد غروب الشمس فايهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب. وذكر الوالجي والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلوة الى نصف النهار والتضحي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع الضحوة يعني الكبرى لانه من الاصباح وهذا يعرف بتسمية اهل اللغة ولو حلف ليأتينه غدوة فهذا لوقت طلوع الفجر الى نصف النهار قوله ثم الغداء والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وكذا السحور فلو اكل لقمة او لقمتين او اكثر ما لم تبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت وما تعشيت ولا تسحرت ويروى انه صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشاء مهرمة ومعلوم ان كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع واجيب بان العرف الطارئ يفيد انه مع الشبع للقطع بقولهم ما تغديت اليوم او ما تعشيت البارحة وان كان اكل لقمة او لقمتين وكذا المعتبر في الغداء والعشاء في حق اهل كل بلدة ما يعتادونه ماكولهم فلو كان عادتهم اكل الخبز في الغداء والتمر او اللبن ينصرف اليه حتى ان المصري اذا حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لانه غداء اهل البادية ولو اكل غير الخبز من ارز او تمر او غيرهما حتى شبع مما هو غير معتاد التغدي به لم يحنث ايضا قوله ومن قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون شيء من الملبوس او الماكول او المشروب لم تصح نيته لانه في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى اي شيء اكل او لبس او شرب حنث

لم يدين في القضاء ونيره لان النية انما تعمل في الملفوظ والثوب وما يقاربه غير مذكور تنصيصا والمقتضى كالعموم له فلغت نية التخصيص فيه

عند الشافعي تصح فيه ديانة وهو رواية عن ابي يوسف واختار الخصاف لان النية انما تصح في الملفوظ لتعين بعض محتملاته والثوب في ان لبست والماكول والمشروب في ان اكلت او شربت غير مذكور تنصيصا لم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا اجاب بان تقديره لضرورة اقتضاء الاكل مأكولا وكذا اللبس والشرب والمقتضى لا عموم له عندنا ولان تبعية ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام لا تتوقف على الاكل لا على ماكول هو كذا فلا يصح ارادته فمبنى الخلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي رحمه الله في ان المقتضى لا عموم له او له عموم على ما ذكروا ما لو قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا وقال نويت شيئا دون شيء فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص فصحت نيته وهذا لانه نكرة في سياق الشرط فتعم لما لها الى كونها في سياق النفي بسبب ان الشرط المثبت في اليمين الحلف يكون على نفيه لان المعنى نفي لبس ثوب فكأنه قال لا البس ثوبا الا انه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضي منه فان قيل يعتبر تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في الطلاق اجيب بان المصدر ايضا ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا يخالف ما تقدم في مسئلة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلث بل الحق على هذا انه عام واذا قيل كما قلتم في قوله ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا يحنث بالخروج الى غيره تخصيصا للنفس بالخروج بخلاف ما لو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح لان المكان غير مذكور فكذا يراد تخصيص فعل الاكل وكذا قولكم فيما اذا حلفه لا ساكن فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد انه يصح وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم بسبب انه في سياق النفي لان الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان عمومه ضرورة تحقق الفعل في النفي فانه لا يتحقق في محله الخاص اعني به لفظة لا في لا اكل الا يتحقق ذلك المصدر هناك وما ليس ثبوته الا ضرورة امر لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ما هو الكد عليه ومعلوم ان من ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان اكلت اكلا فان الاسم ح مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا يشكل الفرق لان اكلا المذكور ليس عين اكل النفي للفعل الضروري الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص واما مسئلة الخروج فقد انكرها القضاة الاربعة القاضي ابو الهيثم والقاضي ابو حازم والقاضي القمي وابو طاهر الدباس وحملوا ما روي عن محمد فيها على ما لو قال ان خرجت خروجا فكأنها سقطت من الكاتب ومن التزمها اجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلفت احكامها فتقبل ارادة احد نوعيه وبه اجيب عن مسئلة المساكنة فانها متنوعة الى كاملة وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقة وهي ما يكون في دار فارادة المساكنة في بيت ارادة احد انواعها وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يغتسل او لا ينكح ثم قال نويت من جنابة او امرأة دون امرأة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة عن امرار الماء والتنوع في اسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال نويت باجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بان استأجرها منه او استعارها فانه يحلف ينوي السكنى بالاجارة او الاعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير اجر حنث بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان ونوى اشتراها

ان قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لانه
تكرر في محل الشرط فتعمم فعملت نية التخصيص فيه الا انه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء

لنفسه فانه يصدق لانه احدى نوعي الشرط لانه متنوع الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فيصح نية احدى النوعين
بخلاف السكنى نفسها لا تتنوع لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة
لانها لم تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امرأة ونوى كوفية او بصرية لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى حبشية
او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص من جنس كان الاختلاف بالنسبة الى الآباء اختلاف بالجنس وبالنسبة
الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر في ذلك والله اعلم ان ذكر لفظ امرأة او رجل عين ذكر ولد لاب الى آدم فكانه
قال كل من له اب من ولد آدم واراد بعض الآباء دون بعض وليس الصفات مذكورة بعين ذكر ولد آدم وان كان
لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها تستتبع الوجود لا اللفظ والحق ان الافعال الخارجية لا تتصور ان تكون الا نوعا واحدا لا فرق
في ذلك بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه من الشراء فكما ان اتخاذ الغسل بسبب انه ليس الا امرار الماء كذلك الخروج ليس
الا قطع المسافة غير انه يوصف بالطول والقصر في الزمان فلا تصير منقسمة الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند
ذلك علمنا اعتبار الشرع اياها كذلك كما في الخروج المختلف الاحكام في السفر وغيره والشراء لنفسه وغيره مختلف حكمه فيحكم
بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى ان المساكنة والسكنى ليس فيهما اختلاف احكام الشرع الطائفة منها بالنسبة الى طائفة اخرى
وكل في نفسه نوع لان الكل قرار في المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المفعول في لا آكل ولا البس ليس من باب المقتضى لان المقتضى
ما يقدر لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطأ والنسيان او بعدم صحته شرعا مثل اعتق
عبدك عني وليس قول القائل لا آكل يحكم بكذب قائله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا نعم المفعول اعني الماكول من ضروريات
وجود فعل الآكل ومثله ليس من باب المقتضى والا كان كل كلام كذلك اذ لا بد ان يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق
بين قولنا الخطأ والنسيان مرفوعان وبين قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا او تناسيا وطائفة
من المشايخ وان فرقوا بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح من المحققين
جمع باب من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو من عوارض الالفاظ وغير
ذلك اذ هذا المحذوف ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على ما عرف ان الفعل
المتعدي قد ينزل منزلة اللازم لما قلنا والاتفاق على عدم صحة التخصيص في باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا آكل
من مكان دون آخر او زمان لا تصح نيته بالاتفاق ومن صور تخصيص الحال ان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قائم ونوى في حال
قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا اكلم هذا الرجل القائم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا يقبل
الفعل الا بعلته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدي بدون احضاره فانما هو لازم لوجوده لا مدلولا للفظ هذا فيكون ارادة نوع ليس تخصيصا
من العام بل يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض مدلوله واقرب الامور اليك قوله لا تقتلوا النساء والصبيان تخصيص
لا تقتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع افراده كما نحن فيه بتخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق

قال ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا شرب منها باناء يحنث لانه المتعارف المفهوم وله ان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة

عليه اسم السفر فيتم الاشكال في يمين المساكنة والخروج وقد انكر هذه من ذكرنا والايجاب بما ذكر في الذخيرة جوابا عن ايراد قائل لو صحت نية الشراء لنفسه فمن حيث انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب ان يصدق في القضاء كما في الخروج وكما في قوله انت بائن قلنا نية الشراء لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشراء لنفسه ولغيره سواء في حق الحقوق فمن هذه الوجه هو تخصيص وكلمة عموم فاذا الواحد كان تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما مختلفان في حق الملك فوقرنا على الشبهين خطها فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يجز في القضاء وهذا بخلاف قوله انت بائن يصح نية اي انواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لان الاعم في الاثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي لو قلت رايت رجلا لا يعم اصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رايت رجلا قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا اي يتناول بفمه من نفس النهر عن ابي حنيفة رح يعني اذا لم تكن له نية اما اذا نوى باناء حنث به اجماعا وقال اذا شرب منها كيف ما شرب باناء او بيده او كرعا حنث لا فرق بين ذلك وبين قوله من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب من مائها باناء او كرعا في دجلة او نهر آخر يأخذ من دجلة لان نسبة الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي رح واحمد وجهه انه هو المتعارف المفهوم من قولنا شربت من دجلة وهو ان كان مجازا اما مجاز حذف اي من ماء دجلة او مجاز علاقة بان يعبر بدجلة عن مائها وهو اولى من مجاز الحذف لاكثريته بالنسبة اليه ولشهرة جري النهر مقررين له بان علاقته المجاورة ثم هو اشهر من انه يراد به نفس الكرع فيصرف اليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول كيف ما كان بخلاف ما لو استلقى وادخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا واليمين تعقد عليه وله ان المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب واهل العرف لان كثيرا من العرب وغيرهم من اهل العرف يفعلونه وروي عنه عليه السلام انه اتي قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعملة فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة ما لم تهجر كانت اولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا انهما يقولان حنث به باعتبار انه من افراد المجاز لا باعتبار ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع حقيقة اللفظ لان من هنا لابتداء الغاية فالمعنى ابتداء الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده او كوز ونحوه فيه ماء وهو لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على نفسها واما ما في الهداية من انها للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى ح لا اشرب بعض ماء دجلة اذ لو اريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة وهو الاخذ المشتق منه هنا ليس مما يشرب ولو اريد مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض في تقدير المراد لا اشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما فحنث بالكرع وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور في تقدم المجاز المتعارف وهو ان الكلام عند عدم قرينة ارادة المعنى الاصلي انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بان يقال وضع الفم على نفس دجلة لا يفعل وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم ان يراد بلفظ دجلة ماؤها وح جاز ان يكون من للتبعيض فالمعنى لا اشرب بعض ماء دجلة او للابتداء والمعنى لا يكون ابتداء الشرب من ماء دجلة فيحنث بشرب مائها كرعا وغيره واما الاستدلال له بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف غرفة بيده من جهة انه يفيد ان ماء النهر يخالف الشرب

ونحوه نشبه لكن مجازا لانه عبر المصدر الى الجزء ان لكن متعارفا وحينئذ لا يشرب من ماء دجلة شرب منها ماء حنث لانه بعد الاشتراك بين المنسوب اليه والمنسوب اليه

منه غلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال اولى اذا امكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية ورى فان حاصل المعنى من شرب منه مطلقا قليلا او كثيرا كائنا فليس منى الا من شرب منه قدر كفه تحقيقا بان اغترفها والذى انتظم عليه راى اصحابنا فى الدرس توجيه قول ابى حنيفة رحمه الله ان اسم الدجلة على قول الكل حقيقة فى نفس النهر دون الماء وارادة محله على نفس اجزائه مجاز فالماء ليس الا وضعه على الماء الكائن فيها وح جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعنى مجموع التركيب بوضع الفهم فى جانبها حال كونه فى خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا فى هذا المعنى فمعنى قوله للفظ حقيقة مستعملة الخ ان التركيب حقيقة وصل المعنى الحقيقى للشرب بالمعنى المجازى لدجلة وهو الماء الكائن فى النهر الخاص وح جاز كون من للتبعيض فى المعنى لا اشرب بعض دجلة اى الماء الخاص فى المكان الخاص فظهر مكان كونها للتبعيض مع صحة قوله للفظ اى التركيب حقيقة مستعملة فى الشرب من نفس الماء الكائن فى المكان ثم ترجح مجازه فى المفرد اعنى دجلة المستعمل فى مائها بقيد كونه من نفس النهر على مجازها وهو دجلة فى مائها لا بهذا القيد حتى حنث بالشرب منه بانا ومن نهر صغير ياخذ منها بانه مجاز اقرب الى الحقيقة اعنى دجلة بمعنى النهر ونظير المسئلتين لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذى فيه فى كوز آخر فشرب منه لا يحنث بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب فى كوز آخر فشرب حنث بالاجماع وكذا لو قال من هذا الحب او من ماء هذا الحب فنقل الى حب آخر ولو قال من هذا الحب او من هذا البير قال ابو سهيل الشرعى لو كان الحب والبير لان فيه على الكرع عند ابى حنيفة رح لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغى ان يقال على ما هو اعم من الاغتراف وان لم يكن لان فيه على الاغتراف ولو تكلف فى هذه الصورة وكرع من اسفل الحب والبير اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع فى هذه الحالة **فروع** لو قال لا اشرب من الفرات وشرب من نهر اخذ منه لم يحنث اجماعا اما عنده فان يمينه على الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات فى امساك الماء فينقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر اخذ منه حنث لان يمينه على ماء منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فرات يحنث بكل ماء عذب فى اى موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ماء وادى سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك او من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الماء فانجمد فاكله لا يحنث فاذا ذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفى فتاوى محمد بن الوليد لا يحنث اذا شربه لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان فى النهر حنث لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب من وسط دجلة فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا لا يتاتى فى النيل لان الشط ينتهى قبل الربع ايضا لسعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر يحنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا بالمعتى عندنا اتفاقا لا بشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان فى العرف اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب النيلوفر وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب

ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء فحنث فان كان فيه ماء فاريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله ان من شرط انعقاد اليمين وبقائه التصور عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله لان اليمين انما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن ايجابه ولانه امكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الحالف وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف ولهذا لا ينعقد الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الاول لا يحنث عندهما وعند ابي يوسف رحمه الله يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا

بغير اذن فلان فاعطاه فلان فلم ياذن بلسانه في الخلافة ينبغي ان يحنث وهذا دليل الرضى وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا فمزجها بغير جنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغالبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كذا روي عن ابي يوسف في النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء فشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن ويوجد طعمه وان كان لون الماء لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء حنث استحسانا واما اذا خلطه بجنسه بان حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن بقرة اخرى وعند ابي يوسف هو كالجنسين يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج بالمزج اما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا حلف يمينه على الدهن

قوله ومن قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث وان كان فيه ماء فاريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء او لم يعلم وقال ابو يوسف رحمه الله يحنث في ذلك كله اذا مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله اي اصل هذا الخلاف ان تصور البر شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت وبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول مالك ووجه عند الشافعية وعند ابي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء المقيدة وهو وجه آخر للشافعية ومما ابتني على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي اليوم لا يحنث عندهما وحنث عند ابي يوسف لانها تبقى ويحنث في آخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما بموته انعقدت ويحنث بالاتفاق بان اليمين انعقدت على ازالة حيوة يحدثها الله فيه بخلاف ما اذا لم يكن عالما لانه عقدها على حياة القائمة على ظنه والواقع انتفاؤها وكان البر غير مقصور كمسئلة الكوز فانه وان امكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء آخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكائن فيه حال الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف ليأكلن هذا الرغيف اليوم فاكل قبل الليل او ليقضين فلانا دينه غدا وفلان قد مات ولا علم له او مات احدهما قبل مضي الغد او قضاه قبله او ابراه فلان قبله لم ينعقد عندهما وانعقدت عند ابي يوسف رحمه الله وكذا لو قال لزيد ان رايت عمرا فلم اعلمك فعبدي حر فراه مع زيد فسكت ولم يقل شيئا او قال هو عمرو لا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم يبق اليمين وعنده تعتق لبقاء اليمين وفوات المعتق عليه وكذا اذا حلف لا يعطي حتى ياذن فلان فمات فلان ثم اعطاه لم يحنث خلافا له وكذا ليسخرنه او ليكلمنه ووجه قولهما ان اليمين انما تنعقد للبر حملا او معنا او لاظهار معنى الصدق فكان محلها خبرا يمكن فيه البر فاذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد الا في محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولابي يوسف انه امكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الحلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على سر السماء او ليقتلن هذا الحجر فهما حيث تنعقد مع استحالته عادة ثم يحنث في الحال قلنا لا بد من تصور الاصل لينعقد في حق الخلف لانه فرع الاصل فينعقد اولا في حقه ثم ينتقل الى الخلف للعجز الظاهر ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة حيث كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم الفوات وبالعدم

ابو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق ان التاقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق
يجب البر كما فرغ وقد تعذر فيحنث في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق ان في المطلق يجب البر كما فرغ فاذا فات البر بفوات ما عقد عليه
يثبت الحنث في يمينه كما اذا مات الحالف والماء باق اما في الموقت يجب البر في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك لم يبق
محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما اذا عقده ابتداء في هذه الحالة **قال** ومن حلف ليصعدن السماء
او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر لا تنعقد لانه مستحيل عادة فاشبه المستحيل حقيقة
فلا ينعقد ولنا ان البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن حقيقة الا ترى ان الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا
بتحويل الله تعالى واذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما اذا مات الحالف فانه يحنث مع
احتمال اعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد

تصور البر وعند ابي يوسف يحنث للحال في الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق يحنث في قولهم جميعا **قوله** فابو يوسف فرق
الخ لا شك ان هنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او وقت آخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء وقت الحلف وان
لا يكون وصورتان في المطلقة عندهما هما ان ايضا ففي المقيدة ولا ماء لا ينعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وينعقد
عنده ويحنث للحال للعجز الدائم عن البر ومن وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا واذا اهريق
قبل آخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم ظهر العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى
آخر الوقت وعنده يتاخر الحنث الى آخر جزء من الوقت فهناك يحنث وفي المطلقة ولا ماء لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى زواله وفي المطلقة
وفيها تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما اذا اريق حنث اتفاقا اما عند ابي يوسف بطريق اولى مما قبله واما عندهما فلان تصور البر ليس بشرط في المطلقة الا لانعقادها فتعتبر
وجد حال الانعقاد لفرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا آخر الوقت وبين
المطلقة اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه من اليمين
والفرق ان التاقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في آخر جزء من الوقت وان كان التاخير لا يرجى
له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لان اللفظ ما اوجب انعقاد اليمين في حق الفعل مضيقا متعينا الا في آخر جزء منه فلا
يحنث قبله فكذا اذا كان فيه ماء فصب لهذا البعينه بخلاف المطلقة ولا ماء فانه لا فائدة في تاخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة
لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك ان كان البر مرجوا ولا رجاء
هنا وفيما اذا كان الماء موجودا لا يثبت هذا القياس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وهما ايضا يحتاجان الى الفرق ولانه
لا يحنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل آخره فاذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت اذا ذكر كان البر واجبا
عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فائت فكانه حلف اذ ذاك ليشربن ماء في هذا الكوز اليوم وعلمت هذا ان اشتراطهما بقاء
التصور لبقاء اليمين الموقتة هو في المعنى اشتراط التصور لانعقاد اليمين المطلقة بخلاف ما اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه
في الحال فاذا فات المحلوف عليه حنث ولقائل ان يقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعيينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا شك انه ليس كذلك وان كان
بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث في آخر جزء من الحيوة فالموقتة كذلك لانه لا يحنث الا في آخر جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة آخر جزء من
الحيوة فلاي شيء تبطل اليمين عند آخر اجزاء الوقت في الموقتة ولم يبطل عند آخر جزء من الحيوة في المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية
ما لو قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق فقال ابوها ان وهبت له صداقك فانك طالق فحيلة عدم
فتنها ان يشتري منه بهما ثوبا ملفوفا ويقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث ابوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة
عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج بالبيع ثم اذا ارادت عود الصداق ردته بخلاف خيار الرؤية **قوله** ومن حلف ليصعدن
السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما هو في الكتاب اما اذا وقت اليمين فقال
لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال زفر لا تنعقد اصلا لانه مستحيل عادة

باب اليمين في الكلام

قال ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع لا انه نائم حنث لانه قد كلمه وهو حي يسمع لكنه لم يفهم لنوم به فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع ولكنه لم يفهم لتغافله

فيجعل المستحيل حقيقة كماء الكوز فلا ينعقد ولنا ان صعود السماء ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله خلقته خلقة الجوهرية والباس خلقة الذهبية بناء على ان الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات او باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها باجزاء ذهبية فالتحويل في الاول ظهر فهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق وكرامات الاولياء فكان البر متصورا فينعقد اليمين موجبة الخلقية وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال عادة الحيوة فيه فيثبت معه احتمال ان يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسئلة الكوز لان شرب الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم تنعقد فحط الخلاف انه الحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا متفهما والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الكلام لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعها شرع في الكلام اذ لا بد من وقوعه لان الانسان لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرهما لتقدم الاعم على الخصوصيات **قوله** ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه لقرب مكانه منه الا انه نائم حنث لانه قد كلمه وصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم لتغافله اي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غير ثابت فادير على مظنة ذلك فحكم به وهو كونه بحيث لو كان متيقظا سالما سمع ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها فناداه واليقظه وفي بعضها فناداه واليقظه قال واختاره مشايخنا لانه اذا لم يكن يتنبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا من ان يميز حروفه وفي ذلك يكون لاغيا لا متكلما به وصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم لانه يصح ان يقال كلمه اذا كان بحيث لو لا اصم سمع لا يقال صم في الميت كذلك لولا الموت سمع لانا نقول يمينه لا تنعقد الا على الحي لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بندائه وكلامه لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو امان قال السرخسي هذا يبين ان الصحيح في مسئلة الايمان الحنث وان لم توقظه انتهى وقد فرق على هذه الرواية بان الامان يحتاط في اثباته وقيل يحكم فيها بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث والمراد بما نسب اليه ما ذكر في باب التيمم من ان المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا ماء به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لا يعلم به لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس واضيف الى يزد مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ في الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او اخرجي او قومي او شتمها او زجرها متصلا لا يحنث لان هذا من تمام الكلام

وفی بعض روایات المبسوط شرطان یوقظہ وعلیہ مشائخنا رہ لانہ اذا لم یتنبہ کان کما اذا ناداہ من بعید وھو بحیث لا یسمع صوتہ

الاول فلا یکون مرادا بالیمین الا ان اریدبہ کلاما مستانفا وھو وجہ لاصحاب الشافعی رح وبہ قال الشافعی رح فی الاظہر واحمد رح ومالک رح یحنث وفی المنتقی لو قال فاذھبی اذا ذھبی لا تطلق ولو قال اذھبی طلقت لانہ منقطع عن الیمین واما ما فی نوادر ابن سماعۃ عن محمد رح لا اکلمک الیوم او غدا حنث لانہ کلمتہ الیوم بقولہ او غدا ولا شک فی عدم صحتہ لانہ کلام واحد فانہ اذا اراد ان یحلف علی احد الامرین لا یقال لا کذلک وعلی ہذا اذا قال لآخر ان ابتدأتک بکلام فعبدی حر فالتقیا فسلم کل علی الآخر معا لا یحنث وان حلف یمینہ لعدم تصور ان یکلمہ بعد ذلک ابتداء ولو قال لہ ان ابتدأتک بکلام وقالت ہی لہ کذلک لا یحنث اذا کلمہا لانہ لم یبتدئہا ولا یحنث بعد ذلک لعدم تصور ابتدائہا ولو حلف لا یکلمہ فسلم علی قوم ہو فیہم حنث الا ان لا یقصدہ فیصدق دیانۃ لا قضاء وعند مالک والشافعی رحمہ اللہ قضاء ایضا اما لو قال اسلم علیکم الا علی واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلوۃ فان کان اما قبل ان کان المحلوف علیہ عن یمینہ لا یحنث وان کان عن یسارہ یحنث لان الاولی واقعۃ فی الصلوۃ فلا یحنث بہ بخلاف الثانیۃ وقیل لا یحنث بہما لانہا فی الصلوۃ من وجہ وکذا عن محمد لا یحنث فیہما وھو الصحیح والاصح ما فی الشافی انہ یحنث الا ان ینوی غیرہ وفی شرح القدوری فیما اذا کان اما یحنث اذا نواہ وان کان متقدما فعلی ذلک التفصیل عندہما وعند محمد لا یحنث مطلقا لان سلام الامام یخرج المقتدی عن الصلوۃ عندہ خلافا لہما وبہ قال مالک ولو دق علیہ الباب فقال من حنث وقال ابو اللیث لو قال بالفارسیۃ کیست لا یحنث ولو قال کی تو حنث وبہ اخذ وھو المختار ولو ناداہ المحلوف علیہ فقال لبیک او لبی حنث ولو کلمہ الحالف بکلام لم یفہمہ المحلوف علیہ ففیہ اختلاف الروایتین ولو اراد ان یامرہ بشیء فقال وقد مر المحلوف علیہ یا مائط اسمع افعل کیت کیت فسمعہ المحلوف علیہ وفہمہ لا یحنث قالہ فی الذخیرۃ ولو حلف لا یکلم فلانا فدخل امراتہ شیئا وقالہا حنث ولو جاء کافر یریدا لاسلام فبین صفۃ الاسلام فسمعہ لہ ولا یوجہ الیہ فلم یحنث وفی المحیط لو سبح الحالف للمحلوف علیہ للسہو او فتح علیہ القراۃ وھو یقتدی لم یحنث خارج الصلوۃ یحنث ولو کتب الیہ کتابا او ارسل رسولا لا یحنث لانہ لا یسمی کلاما عرفا خلافا لمالک واحمد رح واستدلالہم بقولہ تعالی وما کان لبشر ان یکلمہ اللہ الا وحیا الی قولہ او یرسل رسولا اجیب عنہ بان مبنی الایمان علی العرف واعلم ان الکلام لا یکون الا باللسان فلا یکون بالاشارۃ ولا الکتابۃ والاخبار والاقرار والبشارۃ تکون بالکتابۃ لا بالاشارۃ والایماء والاظہار والافشاء والاعلام یکون بالاشارۃ ایضا فان نوی فی ذلک کلہ ای فی الاظہار والافشاء والاعلام والاخبار کونہ بالکلام والکتابۃ دون الاشارۃ دین فیما بینہ وبین اللہ تعالی ولو حلف لا یکلمہ لا یحنث الا ان یشافہہ وکذا لا یکلمہ یقتصر علی المشافہۃ ولو قال لا ابشرہ فکتب الیہ حنث وفی قولہ ان اخبرتنی ان فلانا قدم ونحوہ یحنث بالصدق والکذب ولو قال بقدومہ ونحوہ فعلی الصدق خاصۃ وکذا ان اعلمتنی وکذا البشارۃ ومثلہ ان کتبت الی ان فلانا قدم فکتب الیہ قبل قدومہ فوصل الیہ الکتاب حنث سواء وصل الیہ قبل قدومہ او بعدہ بخلاف ان کتبت الی بقدومہ لم یحنث حتی یکتب بقدومہ الواقع وذکر ہشام عن محمد سألنی ہارون الرشید عمن حلف ان لا یکتب الی فلان فامر ان یکتب الیہ بایماء او اشارۃ ہل یحنث فقلت نعم یا امیر المؤمنین اذا کان مثلک قال السرخسی وہذا اصح لان السلطان لا یکتب بنفسہ وانما یامر بہ ومن عادتہم الامر بالایماء والاشارۃ ولو حلف لا یقرأ کتاب فلان فنظر فیہ حتی فہمہ لا یحنث عند ابی یوسف رحمہ اللہ ویحنث عند محمد رح لان المقصود الوقوف علی ما فیہ لا عین التلفظ بہ ولو حلف لا یکلم فلانا وفلانا لم یحنث بکلام احدہما الا ان ینوی کلامہما فیحنث

ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع وقال ابو يوسف رح لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضاء قلنا الرضاء من اعمال القلب ولا كذلك الاذن على ما مر **قال** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تابد اليمين وذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما اذا قال والله لاصومن شهرا لانه لو لم يذكر الشهر لا يتابد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به وانه منكر فالتعيين اليه وان حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لا يحنث وان قرأ في غير صلوته حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لانه كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلوة ايضا لانه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا

بكلام احدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع **قوله** وان حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان اي بالاشتقاق الكبير او من الوقوع في الاذن وكل ذلك لا يتحقق الا بالسماع قال المص وقال ابو يوسف لا يحنث وهذه رواية عنه كما ذكره الاقطع في شرحه حيث قال ظاهر قولهم انه لا يحنث وعن ابي يوسف يحنث ووجه هذه الرواية عنه ان الاذن هو الاطلاق فانه لا يتم بالاذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضى فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث اجاب المص بان الرضا من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضى ظاهرا لكن معناه الاعلام بالرضا فلا يتحقق الا بمجرد الرضا وبما نوقش به من انه ذكر في التتمة والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا فهو بانه يدل على تعيين مقصود المولى ولا دلالة على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ماذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم الاذن يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط اخذ لعبده فلم يعلم به احد من الناس فتصرف العبد ثم علم باذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه ان الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط الكلف جوابه وقوله على ما مر يعني ما تقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الخ **قوله** وان حلف لا يكلمه شهرا فهو اي ابتداء الشهر من حين حلف لان دلالة حاله وهو غيظه الباعث على الحلف موجب ترك الكلام من الآن ونظيره اذا اجره شهرا لان العقود ترد لدفع الحاجة القائمة في الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة بجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون واما الاجل في قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف في انها للبيان ابتداء المدة او لانتهائها وعن ابي يوسف لانتهاء المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر واحتمالها آجال الديون فجعلها للبيان ابتدائها فلا يلزم باحضاره قبل الشهر وهو احسن لان الاجل شيء مثبت للتراخي فيه بخلاف ما لو قال والله لاصومن شهرا فانه نكرة في الاثبات وانما يوجب شهرا شائعا بعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال واما قول المص لو لم يذكر الشهر تابد فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره انه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة حاله بالواو ومن الشارحين من قرره من وجهين لان دلالة الحال وحدها تستقل بصرف الابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو اطلق تابد لانه نكرة في النفي يعني مصدر ذلك الفعل فاذا خرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالايجاب ولا يخفى ان ذكر الشهر لا دلالة له سوى على تقدير المدة الخاصة ثم الزائد عليه منتف بالاصل لا بدلالة على النفي ولو فرض له دلالة على نفي الزائد عليه لم يلزم كون ذلك الزائد هو ما يلي شهرا ابتداؤه من الحال فلذا اجمل المص قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها واحدا الا انك علمت من تقريرنا ان لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التابيد والاخراج واما فرع على استقلال الاخراج مما ذكره المتن ما شيء من قوله ان تركت الصوم شهرا او كلامه شهرا يتناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم اساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه نعم ان كان في مثله عرف يصرفه الى الوصل بالحلف والا فلا **قوله** ولو حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في الصلوة لا يحنث وان قرأ في غير الصلوة حنث وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اذا فعله في الصلوة لا يحنث وخارجها يحنث هذا جواب الاستحسان وفي القياس يحنث فيهما

ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار كان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وان عنى النهار خاصة دين في القضاء لانه مستعمل فيه ايضا وعن ابي يوسف رح انه لا يدين في القضاء لانه خلاف المتعارف

وهو قول الشافعي رح لانه اي القرآن والذكر كلام حقيقة ولنا انه في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من امره ما يشاء وان مما احدث ان لا يتكلم في الصلوة متفق عليه واما الحديث الذي ذكره المص من قوله صلى الله عليه وسلم ان صلوتنا هذه لا يصح فيها شيء من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفى عنها كلام الناس فلا يستلزم نفي الكلام مطلقا وهذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف التسبيح والقرآن ليسا بكلام حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرأ لا تكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ انه لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلوة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال كلما تكلمت بكلام حسن فانت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لله لا اله الا الله الله اكبر طلقت ثلاثا لانه كلام متعدد لاستيناف كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد وقد يرفع بان الكلام في مطلق الكلام عرفا لا فيما قيد بقيد اصلا واما الشعر فانه يحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه قوله ولو قال يوم اكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا او نهارا حنث ثم قال المص في وجهه لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية ليلا او نهارا والكلام لا يمتد قيل في وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد الا بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر والركوب ونحو ذلك وذلك عند الوقت صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير معناه الاول فليس مثله وقيل الكلام متنوع الى خبر واستخبار وامر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فقد يقال ولا يحمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على ان اسم الكلام ليس الا الالفاظ مفيدة بمعنى كيف ما كان فتحققت المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول او لا وبه يندفع القولان وكذا قال الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قولك امرك بيدك يوم تقدم فلان وقد تقدم تحقيق هذا الاصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعام المعتبر واقعا فيه عند تحقق معنى ما اضيف اليه الظرف وعدمه بجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصلي بخلاف ما اضيف اليه لانه ليس مقصودا الا لتعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاولي واستشكل بما لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا لو قال في كل يوم لم يدخل الليل وذكر ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على ما ذكر المص وجوابه ان المراد باليوم فيه النهار في المسئلة الاولى بدلالة اعادة حرف النفي عند ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا او بعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي رح وهو كقوله ثلاثة ايام وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في انت طالق في كل يوم تطلق ثلاثا في ثلثة ايام ولو قال كل يوم تطلق واحدة ولا تتحقق التجديد لو اريد باليوم مطلق الوقت قوله وان عنى النهار خاصة اي بلفظ اليوم دين اي صدق في القضاء لانه مستعمل فيه لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضي وان كان فيه تخفيف على نفسه او هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضاء لانه خلاف

ولو قال ليلة اكلمه فانت طالق فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت

ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان فانت طالق فكلمه قبل القدوم

والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية واليمين باقية قبل الغاية وتنتهي بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين

المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء **قوله** ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل خاصة لانه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة وما جاء استعماله في مطلق الوقت كما جاء في لفظ اليوم واورد عليه قول القائل ٭ وكنا حسبنا كل بيضاء شحمة ٭ ليالي لاقينا غداة وميسرا ٭ فتبينا بهم كاسا شفينا بشامها ٭ ولكنهم كانوا على الموت اصبرا ٭ والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم يكن ليلا اجاب شمس الائمة بان المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر احد العددين ينتظم بازائه من الآخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر الليالي ينتظم الشهر التي بازائها كما ان ذكر الايام ينتظم الليالي التي بازائها قال تعالى ان لا تكلم الناس ثلثة ايام وفي آية اخرى ثلث ليال والقصة واحدة وليس الكلام الا في المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم ولا بالعكس ونظر فيه بعضهم بانه يقتضي ان الشاعر قصد ان الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تتبعها ايام تقدمها والمتعارف في مثل هذا الكلام انه انما يقصد الوقت الجامع بين الايام والليالي وليس هذا شيئا لان الواقع قد يكون ان الحرب وقعت بينهم ليلا وليليها هذا كثير الوقوع فاراد ان يخبر بالواقع فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك في خصوص فرض **قوله** ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او قال الا ان يأذن فلان او حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم يحنث لانه غاية اي ان القدوم والاذن غاية لعدم الكلام لما قدمنا ان فعل الشرط المثبت في اليمين يكون للمنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالعكس فقوله ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا اكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامرأته طالق فاذا كان غاية لعدم الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فتبقى اليمين ما بقي عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث بالكلام حال عدمه وينتهي بعد الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما ان حتى غاية فظاهر واما ان الا ان غاية فلان يمينه تنتهي بمنع الكلام فشابهت الغاية اذا كانت لغاية منعه فاطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى موتهم وقيل هي استثناء على حالها فيه شيء وهو ان تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات او من الاحوال على معنى امرأته طالق في جميع الاوقات والاحوال الا وقت قدوم فلان او اذنه والا حال قدومه او اذنه بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من ان يقدم وان يأذن فان تقدير الا ان يأذن الا اذنه وهو يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضي انه لو كلمه بعد القدوم او الاذن حنث لانه لم يخرج من اوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع ثم اورد ان الا ان شرط لا غاية لانها شرط في قول امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد واجيب بانها انما تكون للغاية فيما يحتمل التأقيت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه الشرط انتهى وهذا يؤيد ما تقدم من ان الكلام مما يمتد لانه الشرط هنا بخلاف ما ذكر المص ولما كان منطقه ان يعترض بان الشرط وهو الا ان يقدم مثبت والمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجه شارح آخر فقال وانما حمل على ان لم يقدم في مسئلة الطلاق لا على ان قدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه ان معنى التركيب وقوع الطلاق في الحال مستمرا الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمتحقق في ذلك ان الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم فحيث لم يمكن ارتفاعه بعد وقوعه بالقدوم وامكن وقوعه عند عدم القدوم اعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل انت طالق ان لم يقدم فلان فلا يقع الطلاق الا ان يموت فلان قبل ان يقدم او يأذن لانه مطلق كقوله ان لم اطلقك فانت طالق قال تاج الشريعة ومهما امكن المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار الى ذلك المجاز يعني الشرط

وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف له ان الممنوع عينه كلام ينتهي بالاذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين عند عدم التصور ليس بشرط
فعند سقوط الغاية فيما بين اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امرأة فلان او صديق فلان فباع فلان عبدا او بانت منه امرأته او عادى صديقه فكلمه
لم يحنث لانه علق بينه على فعل واقع في محل مضاف اليه فلا بد اما اضافة ملك او اضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال في هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي اضافة النسبة عند محمد
يحنث كالمرأة والصديق قال في الزيادات لان هذه الاضافة للتعريف لان المرأة والصديق مقصود ان بالحلف فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الاشارة
ووجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه الحلف لاجل المضاف اليه فلهذا لم يعينه فلا يحنث بعده وال الاضافة بالشك وان كانت بينه على عبد بعينه بان
قال عبد فلان هذا او امرأة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحنث في العبد ايضا
وهو قول زفر وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو على هذا الاختلاف وجه قول محمد وزفر ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها لكونها قاطعة للشركة
بخلاف الاضافة فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تعرف الا بالاضافة اليه فكذا العبد يسقط
منزلته بالعتق ملاكها فتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمرأة لا يعاد لانه كما يكون للتعريف يكون للتعيين فيعتبر عند الاطلاق

لان في هذا اجراء المجاز في جزء الاستثناء وفي ذلك اجراؤه في استثناء القدوم لانا نجعل استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم
واجراء المجاز في الجزء اولى منه في الجميع **قوله** وان مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهي المنع منه
بالاذن والقدوم ولم يبق الاذن ولا القدوم بعد موت من اليه الاذن والقدوم متصور الوجود فلم يبق البر متصور الوجود وبقاء تصوره شرطا
لبقاء اليمين الموقتة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد على ما مر وهذه اليمين موقتة بوقت الاذن والقدوم اذ بهما يتمكن من البر اذ يتمكن من الكلام
بالاذن فيسقط بسقوط تصور البر وعند ابي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتابد اليمين فاي وقت كلمه فيه يحنث فان قيل
لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر على اعادة فلان فيمكن ان يقدم ويأذن فالجواب ان الحيوة المعادة غير الحيوة المحلوف
على اذنه فيها وقدومه وهي الحيوة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى لا يمكن اعادتها بعينها وان اعيدت الروح فان
الحيوة غيره للروح لانه امر لازم للروح فيما له روح **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه انما اراد من ينتسب اليه
بالعبودية او امرأة فلان الخ اعلم انه اذا حلف على هجران محل مضاف الى فلان كلا يكلم عبد فلان او زوجته او صديقه او لا يدخل
داره او لا يلبس ثوبه او لا يركب فرسه او لا يأكل من طعامه فلا شك ان هذه الاضافة تفيد في الكل معرفة لمعين ما عقد اليمين على ما هجره
سواء كانت اضافة ملك كعبده ودابته او اضافة نسبة اخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالاضافة مطلقا تفيد النسبة والنسبة
اعم من كونها نسبة ملك او غيره فلا يصح جعل اضافة النسبة تقابل اضافة الملك كما فعل المص وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص
الا ان يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محل الجعل المذكور للمص واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك اما ان
يقترن به لفظ الاشارة كقوله لا يكلم عبده هذا او زوجته هذه او لا فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر ان الداعي في اليمين كراهته
في المضاف اليه والا لعرفه باسمه لعلمه ثم اعقبه بالاضافة ان عرض اشتراك مثلا لا لكلمه راشد عبد فلان لئلا يلزم الاشتراك
العارض في اسم راشد او فلانة زوجة فلان كذلك فلما اقتصر على الاضافة ولم يذكر اسمه ولا اشار اليه كان الظاهر انه
لمعنى في المضاف اليه وان احتمل ان يهجر بعضا لذاته ايضا كالزوجة والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال مع ما ليمين
منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت الفعل وان كان موجودا وقت اليمين ودامت الاضافة الى وقت
الفعل او انقطعت ثم وجدت بان باع وطلق ثم استرد او لم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم تكن له زوجة
فاستحدث زوجة ينبغي ان يحنث في قول ابي حنيفة ولو ارتفعت النسبة الثابتة التي عينها صحت الاضافة بان باع فلان عبده
ودارة وثوبه ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمرأة والصديق لا يحنث وكذا اذا لبس الثوب او دخل الدار
او ركب الدابة لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت الفعل والحال انها زائلة عنده وهذا الاصل على قول ابي حنيفة
واما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفرع على هذا انه لو طلق
زوجته وعادى صديقه استحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو كلم المتروكة حنث وهذا ما نقله المص من الزيادات ووجهه ما جوزناه في اصل ابي حنيفة
من انهما يهجران لانفسهما لا لغيرهما فكانت الاضافة بمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط دوامها ووجودها وقت الفعل فتعلق الحكم اي الهجر بعينه كما في الاشارة فانه

قال وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي المعنى في الطيلسان فصار كما اذا قال

اذا قال زوجة فلان هذه ونحوها مما اضافة نسبة فالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعها كما سيذكر وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم ايضا من ان الظاهر ان الهجر للمضاف اليه بما ذكرنا من الوجه واقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث بالشك فظهر بما ذكرنا ان ما ذكره بالنهاية وغيرها من قول الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه لا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود النسبة وقت اليمين ولا معتبر لها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك الحامل على اليمين يعني في المالك الملك لان هذه الاشياء لا تعادي بعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى واجيب بان ابن سماعة ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفة ترجح بهذا ووجه الظاهر العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار والظاهر انه ان كان مما اذى انما يقصد بهجران سيده بهجرانه ولا يخفى انه اعني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد فقط فاطلاق جعله اصلا لهذه المسائل ليس بصالح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه او انه الاصل لصاحب المذهب هذا وروى ان هشاما اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا ودار هذه او امرأة هذه او صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك من العبد والدار وحنث في غيره من المرأة والصديق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الآخر ولزم اعتبارها وسقوط الآخر فاذا اعتبرت انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وهما يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتباره فتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة وعدمها بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادي لنفسه كما يعادي لغيره فعند عدم الاشارة استوى الحال فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعنى في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة لان كون الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معنى في المضاف اليه يجوز كونه نفس المضاف حيث كان صالحا لان يعادي لنفسه لانه متعين اذ لا يعادي المملوك لنفسه وقوله لغت الاضافة ممنوع وانما يلزم لو لم تكن لها فائدة اخرى لكن الواقع ان لها فائدة وهي افادة ان الهجران منوط بنسبته الى المضاف اليه لغيظ منه فيعتبر كل منهما لفائدته وقد رجح ابن الغرقول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو اراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الى الاشارة فلما اشار اليه بقوله هذا علم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما في المرأة والصديق انتهى وما ذكر من ان لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان مناط الهجر وقد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها ايضا تعرف الشخص المحلوف على هجره كما يفيد الآخر وجوابه ان الاشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التشخيص ايضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها فانه لو قال عبد فلان انعقدت على كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد آخر لفلان وان كانت

ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل **فصل قال** ومن حلف لا يكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هَلْ أَتَى عَلَى الْإِنْسَانِ حِينٌ مِنَ الدَّهْرِ وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تُؤْتِي أُكُلَهَا كُلَّ حِينٍ وهذا هو الوسط فينصرف اليه وهذا لان اليسير لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع غالبا عادة والمؤبد لا يقصد به غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فيه حين ما ذكرنا وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين فيقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى وهذا اذا لم تكن له نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه

الاضافة تقييد ان سبب بحر العبد نسبة لسيده لكن الحنث في الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين المحلوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا لم تكن له نية اما لو نوى ان لا يدخلها ما دامت لفلان او لا يدخلها وان زالت الاضافة فعلى ما نوى لانه شدد على نفسه في الثاني ونوى محتمل كلامه في الاول وروى شذوذا عن ابي يوسف في دار فلان هذه انه يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشيء وعنه ايضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها عادة فانها آخر ما تباع وتشترى عادة فتقييد اليمين بالبقاء في ملكه وقت الحلف احيب بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشترى مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين تتقيد في الكل القائم في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا يتناول ما يستحدث ملكه بخلاف قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد منه من قيام الملك لفلان وقت يمينه وفي قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان تقييد اليمين بما يكون مضافا الى فلان وقت السكنى ثم في الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكنى دار مشتركة بين فلان وغيره وان قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لا تزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي ان ينعقد على الموجودة حال التزوج لا جرم ان في الفارق عن ابي يوسف ان تزوجت بنت فلان او امته انه على الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعاد بالمعنى في الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اي الى صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين بعينه والطيلسان معرب تيلسان ابدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف **قوله** ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا حنث لان الحكم متعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر لغو ولا تتقيد تشبيهه واورد عليه انه تقدم لو حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعد ما صار تمرا لا يحنث مع ان الصفة في الحاضر لغو فاجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الخ يعني ان الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الى الحلف على تركه فيقيد به بخلاف الشيبة هنا فانها ليست بداعية على ما تقدم وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا فالكلام في معرفة هؤلاء في ثلث مواضع في اللغة والشرع والعرف اما اللغة قالوا الصبي يسمى غلاما الى تسع عشرة ومن تسع عشرة شابا الى اربع وثلثين ومن اربع وثلثين كهلا الى احد وخمسين ومن احد وخمسين شيخا الى آخر عمره واما الشرع فالغلام من لم يبلغ وحد البلوغ معلوم فاذا بلغ صار شابا وفتى وعن ابي يوسف ان من ثلاث وثلثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال القدوري قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الى خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين الى آخر عمره والشيخ فيما زاد على الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلثين الى مائة سنة واكثر والشيخ من اربعين الى مائة وهذا روايات اخر وانتشار والمعول عليه ما به الافتاء

فصل في يمين من حلف لا يكلم حينا او زمانا لما كان ما فيه كالتبع لما تقدم ترجمه بالفصل قوله ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر في النفي كلا اكلمه الحين او حينا والاثبات نحو لاصومن حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا معينا ومن الزمان فان نوى مقدار صدق لانه نوى حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان القدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك في القليل قول النابغة الذبياني

وكذلك الدهر عندهما وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ دهر بمعنى ولابي حنيفة رح توقف في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه

بت كاني ساورتني ضئيلة من الرقش في انيابها السم ناقع تناذرها الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع يريد ان السم تارة يخف المه وتارة يشتد واما في الكثير فالمفسرون في هل اتى على الانسان حين من الدهر انه اربعون سنة واما في المتوسط فقوله تعالى تؤتي اكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة اشهر عن ابن عباس لان من حين يخرج الطلع الى ان يصير رطبا ستة اشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف حملناه على الوسط من ذلك وهو ستة اشهر ولان التيسير لا يقصد بالحلف والا لم يحلف لتحقق الامتناع عنه عادة بلا يمين والمديد وهو اربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معنى الابد فمريده خارج عن العادة اذ لم يسمع من يقول لا اكلمه اربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين ومامعه تابد فالظاهر انه لم يرد اقل ما يطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فيحكم بالوسط في الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعي يصرفه الى الاقل وهو ساعة وعرفت انه لم يقصد والا ترك ذكره ويحصل بالخلاف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا انه ثبت استعماله لستة اشهر والاربعين سنة ولاقل ما يطلق عليه بل انه ثبت استعماله في المديد والقصير والمتوسط وهو اخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان لم يكن مثله في خصوص المدة فينصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه انه للابد كالدهر والعمر وكذا صح الاستثناء منه فلو قال لا اكلمه الزمان الا سنة صح وعهدية الستة اشهر انما يثبت في لفظ الحين وكون الزمان مثله ان اريد في الوضع فمسلم ولا يفيد لان المقصود ان يحمل اللفظ عند عدم التعيين بخصوص مدة على المدة التي استعمل فيها وسطا وان اريد في الاستعمال فيحتاج الى تثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة اشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا او زمانا كان له ان يعين اي ستة اشهر شاء وتقدم الفرق **قوله** وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد يعني المنكر ينصرف الى ستة اشهر اذا لم تكن له نية في مقدار من الزمان فان كان عمل به اتفاقا وقال ابو حنيفة رح الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازا عما ذكر الشيخ ابو المعين من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة رح بين قوله دهرا والدهر والصحيح ان المعرف بالاتفاق يصرف الى الابد وانما توقف في المنكر لان استعمالاته لم تثبت على الانحاء الثلاثة المديد والقصير والوسيط فلم يدر ماذا يقدر وتقديره بالمتيقن وهو اقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيت في زائد عليه فلزم التوقف وقيل انه جاء في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا اكلمه الدهر احتمل ان اليمين مؤبدة والمعنى والله لا اكلمه والله فانك علمت ان حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل انه اراد الظرف وهو الابد كقول الشاعر هل الدهر الا ليلة ونهارها والا طلوع الشمس ثم غيارها فالنكرة وان كانت في الاثبات فهي للعموم اي كل طلوع كل غروب الخ وعرف انها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما احضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف ايضا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتباره لنفسه رحمة الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم من قال لا ادري لما لم يدره فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر والخنثى كذاك جوابه ومحل اطفال ووقت ختان والمراد بالاطفال اطفال المشركين على ما قدمنا في الجنائز **فرع** اذا قال لا اكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرا او عمره قال في الله علي صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اقل او اكثر **قوله** ولو حلف لا اكلمه اياما

فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف لا يكلمه ايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة
وقالا على الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثنى عشر شهرا لان اللام للعهد وهو ما ذكرنا لانه يرد عليه

فهو على ثلثة ايام ذكره في الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق قال واجمعوا فيمن قال ان كلمتك دهورا او ازمنة او شهورا
او سنين او جمعا او اياما يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة
ايام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع اصح ووجه المص بقوله لانه اسم جمع الخ اسم جمع موجمع معنى المفرد لا يدرى ذكر المنكر فيتناول اقل
الجمع وهو الثلث كما يتناول اكثر منه لكن لا معنى للزائد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشترى عبيدا ولا يتزوج نساء يقع
على ثلاثة واورد ان حكاية الاتفاق في المثل المذكورة توجب عدم توقف ابي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري
معنى الجمع وهذا ليس بشيء اذ قوله الدهور الثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو نعم يلزم لكل عاقل نفي ان يراد
به الله سبحانه لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يوما ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده
فهو على ما من وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلا حنث ولو قال اليوم وقع على
بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سواء حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في الليل مثله في اليوم
قوله ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رح وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور
والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين
لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثنى عشر
شهرا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد وجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن واذا لم يمكن
صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السابقة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف
التعريف اليها ولا عهد في خصوص فيما سواها فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك
هو جميع العمر او هي للعهد ايضا فيها فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المص لانه لا معهود دونه اي دون العمر
وحاصله انه استغراق سني العمر وجمعه وله انه جمع معرف باللام فينصرف الى اقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على
اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد قبله فانه يقال ثلثة ايام فيكون لفظ ايام مرادا بها الثلاثة
بيقين وكذا اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان
معهودا من لفظ الجمع بخلاف قوله تع وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطا امما وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فان الجمع هنا
وان اريد به يقينا ما يزيد على العشرة لكنه لوجود ذلك مرادا مرة لا يصير معهودا من اللفظ بحيث ينصرف اليه متى ذكر بلا معين
وكان المعهود ممن استعمل فيه لفظ الجمع يقينا مستمرا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شايعا
ارادته به قطعا فيجب الحمل عليه وبخلاف ما اذا لم يقع مميز العدد نحو تلك الايام فذا ولها بين الناس حيث اريد به جميع الايام
فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر ان يراد باللام ذلك لكن المقدر انه حيث امكن العهد حمل عليه
دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف لم يرد شيئا بعينه

العمر

قوله انه جمع معرف فينصرف الى اقصى ما ذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى اليوم لانه لا معهود دونه

قالوا يجب ان يصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر اقصى المعهود وان كان ما دونه معهودا ايضا لانه كما عهد استعماله مميزا في العشرة عهد فيما دونها لاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذي يحكم به عند عدم العهد انما يثبت لان مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين غير الاستغراق من المراتب حتى يصرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهذا ايضا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي اولها ثلثة واقصاها عشرة ولا معين كانت الاستغراق المعهود وبهذا التقرير يندفع ما اورده ابن المغربي من قوله وهذا اي كون اقصى ما اراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد وانما لم يذكر ليعني الزائد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام وان عدة الشهور قال وليس في قول الحالف لا اكلم الشهور اسم العدد فلا يصح ان يقال انه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذا تلك الايام وما انما ظنا انه اندفع لانك علمت ان المقصود التعيين باعهد مرادا بلفظ الجمع على وجه الاستغراق ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شيء بعينه وكون لفظ اريد به غير ما عهد مستمرا كثيرا لا يوجب نفي احاديته في غيره واما مشاحة البخاري حيث قال البخاري اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلاثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشيء في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست بشيء فانه دفع كلامه هذا بقوله كانه لم يبلغ الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال العشرة وما دونها حقيقة في حالين ولما فوقها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض اسماء الجموع انه يطلق من الثلاثة الى العشرة كما في رهط وذود ونفر الخ ولم يعلم ان الاضافة في قول البخاري اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع اهل الفنون اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام البخاري ان الجمع في العشرة فما دونها اثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به في حالتين والثاني في حالة يعني فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازما وحقيقة ما ذكرناه في مبدأ التقرير شرح له والله الموفق نعم لقائل ان يرجح قولهما في الايام والشهور بان عهدهما اعهد وذلك لان عهدية العشرة انما هو للجمع مطلقا من غير نظر الى مادة خاصة يعني الجمع مطلقا عهد للعشرة فاذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالايام عهدية عهد غيره كان اعتبار هذا المعهود اولى وقد عهد في الايام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون صرف خصوص هذين الجمعين اليهما اولى بخلاف غيرهما من الجموع كالسنين والازمنة فانه لم يعهد في مادتهما عدد آخر فينصرف الى ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة المسماة بيوم السبت ويوم الاحد الخ والكلام في لفظ ايام اذا اطلق على عهد منه تلك الازمنة الخاصة للسبعة لا شك في عدم ثبوته في الاستعمال اذ لم يثبت كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور ويراد يوم السبت والاحد الى الجمعة والمحرم وصفر الى آخرها على الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات متكررة وغير متكررة وغير بالغة السبعة بحسب المرادات للمتكلمين فالجواب منع توقف الصرف الى العهد على تقدم العهد في لفظ النكرة بل اعم من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ او لا عنه فانه اذا صار المعنى معهودا باي طريق فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الى ذكري وعلمي ومثل الثاني بقوله تعالى اذ هما في الغار فان ذات الغار هي المعهود لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلى هذا فيجب جعل ما ذكره طائفة من المتاخرين بالعهد الخارجي

ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام
ودون السبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيها بلفظ الروز دون اليوم

اعم مما تقدم ذكره او عهد بغيره كما ذكرنا ونظيره قولنا العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عهدا مستمرا ثم يطلق اللفظ الذي
يعمها وغيرها فيتقيد بها لعهدها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالعهد قوله ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة
عشرة ايام لانه اكثر ما تناوله اسم الايام على اليقين على ما تقدم وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد يقال قدم في قضاء الفوائت
ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه ان ينظر الى الكثرة بهذا المعنى هنا ان لا يحنث الا بثمانية ايام
وانما لم ينظر الى الكثرة من جهة العرف لان العرف مختلف فربما يقال في الستة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا
العشرة والعشرون فانه يقال باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة ان لا نية للقائل في مقدار الكثير ففرع كل على اصله ثم
قال ابو اليسر اما بلساننا فلا يجيء هذا الاختلاف بل ينصرف الى ايام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اگر خدمت كنى مرا روزها بسيار تو آزادى
اذا خدم سبعة ايام لعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظة روز فلا يجيء ما قال ابو حنيفة في انتهاء الايام الى العشرة وهذا
حسن والله اعلم فروع قال اول يوم من آخر هذا الشهر فهو على السادس عشر منه وآخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر منه
وجمع وسنون منكر يقع على ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند راس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال ولا نية له فله الليلة التي فيها
ويومها وان نوى الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ عليه ولو قال اول الشهر ولا نية فله من اليوم الاول الى خامس عشره
وان قال آخر الشهر فمن سادس عشره الى آخره او غرة الشهر فالليلة الاولى واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة او صلاح الشهر فالتاسع
والعشرون وان قال صلوة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس من حين تبدو الى ان تبيض وان قال وقت الصحوة فمن حين
تبيض الى ان تزول فمتى اي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المساء فقد تقدم ان المساء مساآن ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد رح انه كان
عندهم حساب يعرفون به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو على حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد على الدوام والصيف
ما يشتد فيه الحر على الدوام فعلى هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر على الدوام والربيع ما ينكسر فيه البرد على الدوام وقال ابو الليث قال محمد رح ليس
عندنا شيء في معرفة الصيف والشتاء انما ترجع فيه الى قول الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك فيعتبر العرف في هذه المسائل
وفي الواقعات والمختار انه اذا كان للحالف في بلدهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو
وآخره ما يستغني الناس فيه عنها والفاصل بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من آخر الشتاء الى اول الصيف والخريف من آخر الصيف الى اول الشتاء
لان معرفة هذا اليس للناس قيل اذا كان على الاشجار اوراق وثمار فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا
خرجت الاوراق دون الثمار فالربيع وهو اذا خرجت الازهار ولو قال الى وقوع الثلج اراد وقت وقوعه فعلى ذلك فهو الشهر الذي يقال له بالفارسية
آذر فان لم يكن له نية او نوى حقيقة وقوعه فعلى حقيقة الوقوع وهو الشهر الذي يحتاج فيه الى كنسه ولا يعتبر بالطير الى العوى ما لا يستبين على وجه
الارض ولو وقع الثلج في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلده حتى لو كان الحالف في بلدة لا يقع بها ثلج تاب اليمين ولو قال الى
قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر وان كان لا يعرف اختلاف العلماء فيها فعلى السابعة والعشرين من رمضان وهو
اخذ الفقيه ابو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها والخلاف فيه معروف بين علمائنا وان كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث حتى يمضي

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت ولد ان اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان
الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والام بعده نفاس والمولود فيتحقق
الشرط وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق
واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة ميت على ما بينا فينحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح ان
مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت
فتتقيد بوصف الحيوة فصار كما اذا قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا

حتى يجعل مثله من رمضان القابل وعند ابي حنيفة رح حتى بمعنى كل رمضان القابل وعليه الفتوى وهذا بناء على انها
في رمضان عند الكل لكنه يقول يتقدم ويتأخر وعندهما في ليلة بعينها لا يتقدم ولا يتأخر لكن لا تعرف

باب اليمين في العتق والطلاق لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعدما تقدم قدمه على ما بعده **قوله** ومن قال
لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امته لان بولادة
الميت يتحقق الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر وشرعا حتى انقضى به العدة ويصير به
نفساء اذا رأت الدم فتحرم الصلوة عليها وتصير به الامة ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيد
عنه عم انه قال في السقط ليظل محتبيا في باب الجنة حتى يدخل الجنة يروى بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ اي
ينتفخ بطنه من الاستلاء من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستبطي للشيء والفعل منهما احتبطا مهموزا واحتبطى مقصورا
ومن هذا يؤخذ ان السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا استبان بعض خلقه طلقت وعتقت ايضا
لانه ولد حتى صار الامة به ام ولد ولو لم يستبن شيء من خلقه لا يعتبر وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا
فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما
لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه انفا لكن ليس محلا للعتق فيحل اليمين به ولا ينزل الجزاء كما لو قال ان دخلت
فانت طالق فابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا يحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رح
ان الشرط ليس الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الخاص
وهو الحرية لا يكون الا في الحي فتقييد الموصوف بالشرط بالحيوة والا لغى الكلام فكانه قال اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق
للام وحريتها لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحي لان الحرية والطلاق واقع وصفا لغيره فلا يلزم تقييده به واورد عليه ما لو قيل
ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبد الغيره ثم عبدا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد ضرورة وصفه
بالحرية للعبد لنفسه واجيب بان المشتري لغيره محل الاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج
الى اضمار المالك فيه واما الميت فلا يصح ايجاب العتق به لا موقوفا ولا غيره وبهذا يقع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت
فانت طالق فان الموصوف بالجزاء هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت فلم يقع
بعده ولم يضمر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضاء العدة محل لمثل هذا المعنى لانه لو قال ان تزوجتك فانت
طالق صح وتوقف على نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد دخل علي فهو حر فدخل عليه عبد ثم
عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه على الاتفاق لان العبودية لا تبقى بعد الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشترى
عبدا ونصفا معا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيئا لان النصف يزاحم كل
النصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الآخر فيكمل العبد بنصفيه ذكره

[illegible] فهو حر عتق الثالث لان الاول اسم لفرد سابق فتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق
الاخر المتقدم الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فيه
ولا يعتق الثالث لان وجوده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء لان وجوده للحال لغة فتقييد عامة
الشراء بمعناه فيفيد ان الشراء في حال انفراد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال اول عبد املكه واحد
لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين
كان اول بهذا المعنى فانه في ذاته فرد سابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث اولا بهذا المعنى ويلزم على هذا لانه لو قصد بهذا المعنى
يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل به فيكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل
بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل لانه يحتمل ان يكون حالا من العبد وان يكون حالا من المالك اي حال كوني منفردا فلا يعتق
بالشك اليه اشار شمس الائمة وقاضي زادة قوله وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات المولى لم يعتق لان الآخر فرد لاحق والاولى
ان له سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق ولم يعتق وهذه المسألة مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق
بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره له وجودا آخر متأخرا عنه ولو لم يعتق المشتري في قوله اول عبد اشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشترى عبدا
ثم عبدا في قوله آخر عبد اشتريه فهو حر ثم مات المولى عتق الآخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال ابو حنيفة يعتق
من يوم اشتراه حتى يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه في الصحة والا عتق من الثلث وقالا يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر عتقه من الثلث
سواء اشتراه في الصحة او المرض وجه قولهما ان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده الى الموت فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك آخر فانت حر ولو قال
كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه ثابتا ولابي حنيفة رح ان الموت معرف للشرط فليس بشرط وانما الشرط اتصاف بالآخرية وهذه
الصفة حصلت له من وقت الشراء لان هذه الصفة بارضية للزوال بان يشتري بعده غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان آخرا من وقت الشراء فيتبين انه عتق
من ذلك الوقت كما لو قال لامرأته ان حضت فانت طالق فرأت الدم لا يحكم بالطلاق في الحال بل حتى يمتد ثلاثة ايام فاذا امتد ظهر انها طلقت حين رأت الدم حيث
ظهر ان ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره وان العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم الشراء بل امرا آخر لا يتحقق
ظهوره الا به فلا يقع عنده مقتصرا لا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المنظر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلى هذا الخلاف اذا قال لامرأته ان تزوجها
طالق ثلاثا فتزوج امرأة ثم اخرى ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده وفائدته اي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الارث وعدمه فعندهما ترث
لانه يجعل وجود الشرط كالطلاق في آخر نفس من حياته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد
وابي يوسف رح عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها حتى لو دخل بها لزمه مهر بالدخول
ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول ولا يعتبر عدة الطلاق وهذا بخلاف قوله ان لم اتزوج عليك فانه اذا مات يقتصر طلاقها على الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج
فيثبت متحققا بعد موته ليس مثل الآن مع آخر جزء من حياته آخر جزء من العدم المجعل شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط لانه اذا لم يتم اجزاء الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الآخرية
تمهيد لذكر الشارح آخرا فاذا ذكره ولو قال آخر امرأة تزوجها فهي طالق فتزوجها ثم اخرى ثم طلق الاولى وتزوجها ثم ماتت لم تطلق هي والتي تزوجها مرة لان الاولى

ومن قال كل عبد يشتري بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم مخبر بغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا بالعرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة العتق وهي اليمين فاما الشراء فشرطه وان اشتراه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ان الشراء شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شراء القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشراء اعتاقا لانه لا يشترط غيره فصار نظير قوله سقاه فارواه

اتصفت بالاولية فلا تتصف بالآخرية كقوله آخر عبدا ضربه وضرب عبدا ثم آخر ثم اعاد الضرب على الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا العائد عليه

قوله ولو قال كل عبد يشتري بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين اي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لمخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف واما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا او ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب اليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكر مآله الوعيد كما في الآية المذكورة فلو ادعى انه في اللغة ايضا خاص بالمحبوب وما ورد في المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فانها تفيد ان لذلك الخبر اثرا في البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا ان على العرف بناء الايمان فان بشروه معا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالى فبشروه بغلام عليم فنسبها الى جماعة فحقيقة تتحقق بالاولية من فرد واكثر واصله ما روي انه عدم ابن مسعود وهو يقرأ القرآن فقال عمر من احب ان يقرأ القرآن غضا طريا كما انزل فليقرأه بقراءة ابن ام عبد وابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة فسبق ابو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول متى ذكر بشرني ابو بكر واخبرني عمر ولو كان مكان البشارة اخبارا بان قال اخبرني والباقي بحاله عتق الكل ثم ان عدى بالباء وبان قال ان اخبرتني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفى انها انما يتصور لصوقها الاخبار بنفسه يعني بنفس الفرد لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء على ان تحقق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان اخبرني فلانا قدم عتق كل من اخبره صدقا او كذبا وقد اورد على اشتراط الصدق في البشارة ان تغير البشرة كما يحصل بالاخبار البشارة صدقا كذلك يحصل كذبا واجيب بما ليس بمفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف قوله ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان وقوعه كفارة يحتاج الى نية الكفارة وهذه النية تشترط قرانها بعلة العتق وهي اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر وجزاء اليمين فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك والفرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها فهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما ينزل بقوله انت حر السابق فان العلة اما الشرط او شرط علمها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كما لو قال عبدي حر بلا نية ثم نوى عن كفارته لا يجزيه لان النية شرط متقدم لا متاخر وانما صحت في الصوم على خلاف القياس حتى لو كان نوى عنه اذا اشتريته فهو حر من كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال هو حر يوم اشتراه يريد عن كفارتي واورد عليه ان الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط وقد قرنت النية بالعلة فينبغي ان يقع عنها بقران النية بالعلة والجواب انه لما كان قبل الشرط بعرضية ان يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرت الاهلية عنده اتفاقا ولو كان مجنونا عند وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر اصلا فكذا يجب ان تعتبر النية عنده

قوله وان اشتراه ينوي به عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد وهو قول ابي حنيفة اولا لان العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا شراء القريب لانها التي ظهرت اثرها في وجوب الصلة كالنفقة وهي المؤثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء او غيره كالهبة والارث واما ان يكون الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تنافي فلا يكون العتق مقتضاه ولنا ان شراء القريب اعتاق لما روى الستة الا البخاري كلهم من حديث سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة رضي الله عنه

ولو اشترى ام ولده لم يجز ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني
ثم اشتريها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف
ما اذا قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يمين حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة
اخرى فلم يخل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت
لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا لان الجارية منكرة في هذا الشرط
فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية فتسريها لم تعتق بهذه اليمين خلافا لزفر فانه
يقول التسرى لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا

عنه عرم انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا الاجماع على انه لا يحتاج
الى اثبات عتقه على اعتاق زائد بعد الشراء ولا شك ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا وقد رتب عتقه على شرائه بالفاء لما علمت
من ان المعنى فيعتق هو فهو مثل سقاه فارواه فالترتيب بالفاء يفيد العلية على ما عرف مثل سهى فسجد وزنى ماعز فرجم كما بينا
في قول وجد زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمته وذلك ان في ترتيب العتق عليه
تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهائم والامتعة ولمصلحة الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة
العتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق ولذا جمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القائلة شراء القريب اعتاق غير ان الشراء علة العلة
اي علة جزء العلة اي ولما كان الشراء الاختياري اضيف الحكم اليه ولزمت النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف
اذا ملك الاب وغيره بالارث فان يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متاخرة عن العتق على ما تقدم
بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند القبول ان يعتق عن كفارته فانه يصح لسبقها مختارا في السبب وبما ذكرنا
من الترتيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما المنافات التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك
والاعتاق ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ وقولنا شراء القريب اعتاق وقد علمت انه انما يوجب الملك وملك القريب علة العتق فالاضافة
اليه اضافة الى علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب الشراء اولا وبالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها
فصل الكفارة قوله ولو اشترى ام ولده لم يجزه عن الكفارة وان نوى عند الشراء كون عتقها عن كفارة يمينه قالوا ومعنى المسئلة
ان يكون تزوج امة لغيره فاولدها بالنكاح ثم يقول لها اذا اشتريتك فانت حر عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط وهو الشراء ولا تجزيه
عن الكفارة وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء ام الولد والا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزي
معلقا ولا منجزا والفرق بين الشيئين مع ان الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل
اعتاقا من وجه قال عرم اعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه ولم يكن عتقها بالشراء او تنجيزا اعتاقا من كل وجه بل من وجه
دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء
عتق من وجه بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حر عن كفارة يميني حيث يجزيه اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة اخرى فلم
يختل اضافة العتق الى الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب قوله ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة اعلم ان التسري هنا تفعل من
السرية وهو اتخاذها سرية والسرية ان كانت من السرور فانها تسر بهذه الحالة وتسر هو بها او من السر والسيارة فضم سيرها على الاصل وان كانت
من السر بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى على الزوجات الحرائر فضمها من تغييرات النسب كما قال دهري بالضم في النسبة الى الدهر وفي
النسبة الى السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره فان اعتبر التسري قيل التسري بابدال الباء الفا كتحركها وانفتاحها قبلها
وان اعتبر التسر قيل تسرر وكان القياس ان لا يقال الا تسري في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرور
او السر فاستعمل مرتين بابدال الياء رائا وخصت لانها هي الاصل ومنه ما ذكره ابن الاثير عن عائشة وسئلت عن المتعة لانجد

ولنا ان الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره فلا يظهر في حق صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلثا فهذه دليل مسئلتنا

في كتاب الله تعالى النكاح والاستبراء والقياس الاستبراء بحيضة هي بدل الياء الواقعة طرفا بعد الف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد ان يخصص امته ويعدها للجماع افضى اليها بالفعل او عزل عنها وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رحمه الله لا يعزل ماؤه مع ذلك فعرف انه لو وطئ امته له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور او ما يرجع الى الجماع او غير ذلك لا يقتضي الانزال فيها لان الجماع والسرور واليسار كل منها يتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذا عرف هذا فاعلم انه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطيها حنث ذكره القدوري في التجريد عن ابي حنيفة ومحمد رح ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية وهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا يعتق عندنا ولا عند احد من الائمة الثلاثة مالك وشافعي واحمد رح وقال زفر يعتق لان التسري لا يصلح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك فكانه قال ان ملكت امة فتسريها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد وعندنا لو عتقت المشتراة لزم صحة تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه والثاني باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتفق بعده وقد لا يتفق فان حقيقته ليس الا اعداد انه حصنها للجماع فانما يستلزم وجوده وجود الملك سابقا على ابتداء التحصين والاعداد او مقارنا وهذا القدر لا يستلزم احضاره عند التكلم اصلا فضلا عن حضوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا له لول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها بتعقل ما هو ملزومها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت امة وتسريها الخ فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القائم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط الملك غير ان الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك فعبدي حر بل لاقتضاء شرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزاء وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق المتسرى بها لاحتياجه الى امر زائد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك او سببه ولهذا ثبت الملك ههنا لضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الآخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد ان تزوج بها لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبر اللفظ وان لم يكن مدلولا التزاميا لتصحيح الجزاء فيما اذا علم ان غرض اليمين المحل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزاء كما قدر ابو حنيفة رح لفظ حيا

فحصنها

حصنها

ومن قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا وبهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه وهذه وتلفت الاخيرة وله الخيار في الاولين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاولين ثم عطف الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار في الاولين لما بينا

في قوله ان ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزاء العلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتخفيفها عليها وفيما ليس كذلك بل لعرف ان الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزاء وحلف التسري من هذا القبيل وقد سئل هنا فقيل ان فرعه لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله اعتق عبدك عني بالف انه يعتق عن المامور فكيف خالف هذا وحكم باعتباره وتقديره واجيب بانه لا يلزمنا اصلاحه له فان مناقضته لا تضرنا ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقتضى بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عند فهم معنى التسري واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة اصل وفرع وعلة حتى قيل هي قياس غير انه لا يفتقر الى المثبتة الاجتهاد في فهم حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطئت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى دلالة الالتزام وان لم يرضه هذا والتحقيق ان ليس هذا من المقتضى لان المقتضى ما يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطا او شرعا مثل اعتق عبدك عني وقول القائل تسريت لا يتبادر كذبه فيحتاج في تصحيحه الى التقدير ازالة للخطا وتصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه في ان اكلت بل الحق انه في اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الخ لا الاعداد الاعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبارة قوله ومن قال كل مملوك لي حر تعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هؤلاء اي اضافة الملك الكامل في هؤلاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا فدخلوا فيعتقون فدخل الاماء والمذكور ولو نوى المذكور فقط صدق ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم الا اللفظ فلا تعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو المذكور وانما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعني اذا عمم مملوكه بادخال كل ونحوه يشمل الاناث حقيقة كما ذكر في جمع المذكر كالمسلمين والواو في فعلوا على انه عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية المذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضاء ولو قال لم انو المدبرين ففي رواية يصدق ديانة لا قضاء وفي رواية لا يصدق ديانة ولا قضاء قوله ولا يعتق مكاتبوه يعني بقوله كل مملوك لي حر وكذا معتق البعض عند ابي حنيفة رح لان الملك فيهم غير ثابت يدا وبهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطئ المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر فاختلف اضافة الملك اليهم فلا بد من ان ينويهم بلفظ كل مملوك وعلى هذا ينبغي لو قال كل مرقوق لي حر ان يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا تعتق ام الولد الا بالنية قوله ومن قال لنسوة هذه طالق او هذه وهذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاولين لان كلمة او لاحد المذكورين وقد ادخلها بين اولين ثم عطف الثالثة على المطلقة منها والعطف يشترك في حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف في التعيين فصار كما اذا قال احدكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه وهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده

هذا حرا وهذا وهذا عتق الاخير ويتخير في الاوليين لما بينا ومثله لو قال لفلان على الف او لفلان وفلان كان نصف الالف للثاني وعليه بيان من له النصف الآخر من الاوليين وقد يقال العطف بالواو كما يصح على الاحد المفهوم من هذه او هذه يصح على هذه الثانية وح لا يلزم الطلاق في الثالثة لان الترديد بين الاولى فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان كذلك والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

ولما كان الايمان على هذه التصرفات اكثر منها على الصلوة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل ان كل باب عقده فوقوعه اقل مما قبله واكثر مما بعده واعلم ان الاصل عندنا ان كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر يستغني الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستاجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستناب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول ادعي لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر اصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شيء من هذه بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبادة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعل بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به او لا يطلق او لا يعتق بمال او بلا مال او لا يكاتب او لا يهب او لا يتصدق او لا توصي او لا يستقرض او لا يصالح عن دم العمد او لا يودع او لا يقبل الوديعة او لا يعير او لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الامر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار **قوله** ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يؤجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد من العاقد لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان هو المطالب بالتسليم للثمن والمثمن والمخاصم بالعيب وبالعين المؤجرة والاجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة في هذه هو الحالف لا يبيع الخ يحنث في يمينه لصدق انه باع واشترى واستاجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي رح في الاظهر وعند مالك واحمد رح يحنث لان بالامر يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق راسه فامر من حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعلى بخلاف الحلق لان اليمين لم تنعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن يقدر على ذلك ويفعله وقوله الا ان ينوي ذلك استثناء من قوله لم يحنث يعني فاذا نوى البيع بنفسه او وكيله يحنث ببيع الوكيل او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقود بنفسه فانه يحنث وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما يباشر بنفسه عقد بعض المبيعات ثم لو فعل الامر بنفسه يحنث ايضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه

ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر وحقوق العقد ترجع الى الآمر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق انشاء الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الآمر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى المامور ولو قال عنيت ان لا اولي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا قضاء اما الذبح والضرب فعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الآمر بالتسبيب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء

او مامورة ولو كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل اخرى تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كائنا من كان كحلفه لا يبني ولا يطين انعقد كذلك قوله ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث يعني اذا فعله الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه للشافعية واكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الآمر مجاز ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وانتم تابونه قلنا لم يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كانه ناقل عبارته للموكل فانصاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به الا ترى انه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر او حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان المعقود عليه عدم لزوم احكام هذه العقود نظرا الى الغرض وهو اعم مما يلزم بمباشرته او مباشرة مامورة وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها وقال انت طالق باين حنث ولو آلى منها فمضت المدة حتى بانت حنث عند ابي يوسف لان الايلاء طلاق موجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرطا لحنث موجود ولو كان عنينا ففرق بينهما بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندي لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه قوله ولو حلف لا يضرب عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته غيره فلملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة الى الآمر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه وانزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور وفرض المسئلة في ضرب عبده احترازا اما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية له عليه فلا يعتبر امره الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فملكا الامر به ولو قال عنيت ان لا اولي ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام شرعي يوجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل التكلم به لان المامور به كالرسول ولان لسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق القاضي من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده اثر شرعي فالحالف على تركه حلف على ان لا توجد الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان يتحقق بمباشرته او مباشرة المامور فنيته احدهما خلاف الظاهر اما الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الآمر لان الضرب يثبت مع اثره من الفاعل بلا اذن

ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة اليه وهو التاديب والتثقيف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته لا يتاتى بامره فيضاف الفعل اليه ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فلبس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع يجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاص العين به وذلك بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما يجري فيه النيابة بخلاف الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل الجزاء

فنسبة الفعل الى الامر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوى ان لا يفعله بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه بخلاف الكلام المجعول اسبابا شرعية لآثار شرعية لا تثبت تلك الآثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن فيها اثر انتقلها الى الحالف قالوا وثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فيصدق في الفصلين وهو قول الشافعي والحق ان الفرق ثابت ولكن تاثيره في اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق اثره بلا اذن والقول لا يتحقق اثره الشرعي الا باذن لا يحرم عنده بلزوم الفرق المذكور **قوله** ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عائدة الى الولد المضروب وهي التاديب والتثقيف اي التقوم وترك الاعوجاج في الدين والمروة والاخلاق فلم ينسب فعل المامور الى الآمر وان كان يرجع الى الاب ايضا لكن اصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا موجب للنقل واما في عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامي لولده غدا اسبقك علقة ثم يذكر لمؤدب الولد ان يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه ان ينعقد على معنى لا يقع بك ضربك من جهتي ويحنث بفعل المامور

قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب الخ لا شك انه يصح بعت لك هذا الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد اما على جعل المخاطب مشتريا له فيهما فاللام للاختصاص واما على جعلها فيهما للتعليل اي بعته لاجلك فهي للتقييد لا لاختصاص على ما ذكر ولكن الوجه الظاهر في الاستعمال انه اذا وليت لام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل ووجه افادتها الاختصاص هو انها تصنيف متعلقها لمدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كان المخاطب اي فيفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد انه لا يتاتى الا من جهته وذلك يكون بامره واذا باع بامره كان بيعه اياه من اجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه ان لا يبيعه من اجله فاذا ذاك المخاطب ثوبه بلا عمله فباعه لم يكن باعه من اجله لان ذلك لا يتصور الا بالعمل بامره ويلزم من هذا كونه اذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو ان صنعت لك خاتما وكذا ان خطت لك وان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للمخاطب سواء كان باذنه او بغير اذنه لان المحلوف عليه يوجد من امره وعدم امره وهو بيع ثوب مختص للمخاطب لان اللام هنا اقرب الى الاسم الذي هو الثوب من الفعل والقرب من اسباب الترجيح فيوجب اضافتها الثوب الى مدخولها على ما سبق مثله ما لو وليت فعلا لا تجري فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلو قال ان اكلت طعاما او طعاما لك او شربت لك شرابا او شرابا لك او ضربت لك غلاما او غلاما لك او دخلت لك دارا او دارا لك فانه يحنث بدخول دار تختص به المخاطب اي تنسب اليه واكل طعام يملكه سواء كان بامره او بعلمه او دونهما ثم ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والدلالة فكان كالاجارة قال تع فبشروه بغلام عليم وقال قاضي خان المراد به العبد المعروف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما يملك لا الى ما لا يملك **قوله** ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والغرض ان الملك فيه قائم لان خيار البائع لا يوجب خروج المبيع من ملك البائع فينزل الجزاء لوجود المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بان كان غصبه

وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع

لا يعتق كما في البيع الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قبيل وهذه تدل على ان المعلول مع العلة في الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول وهو الملك الشرعي ثبوتا من المشروع الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن ان يقال بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم يزل العتق لانه بعده ولم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف فتذكره وعلى هذا ان المعلول عقيب العلة كما هو رأي المصنف وعرف بهذا وجه تقييده المسئلة بكون البيع بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا لانه غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه اما على قولهما فظاهر واما على قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده وهو لو اشتراه بشرط الخيار واعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق وثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا وكذا هذا واورد طلب الفرق بين هذا البيع وبين النكاح الفاسد على قول ابي حنيفة حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبده حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا يفيد الملك واجيب بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص فيه وهو تعليق السابق عتق من يشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشراء لانه الشرط ويستلزم سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد منع كون المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عنده الخيار والحكم بتقدمه يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك ولا يلغوا واجيب لما امكن ان يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك والا جاز ان تفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشتراه بشرط الخيار لا يعتق الا ان يمضي المدة عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله من ملك ذا رحم بالملك بالشراء اما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قائلا انت حر فينفسخ الخيار ضرورة **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر تدبيرا مطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق لوقوع اليأس عنه بفوات المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو علق طلاقها بعدمه فمات او مات العبد فانها تطلق لوقوع اليأس واورد عليه منع وقوع اليأس في العتق مطلقا بل في العبد اما في الامة فجاز ان ترتد بعد العتق فتسبى في ملكها هذا الحالف فيبيعها وفي التدبير مطلقا لجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر واذا حيث كان

واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاق غيرها فيتقيد به ووجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يتقيد مقيدا وان نوى غيرها يصدق في ديانته لا قضاء لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصلوة والصوم

قال ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزام ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا ماثور عن علي رض ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لان التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف

من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة الوقوع فلا يعتبر ولان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك واجيب ايضا عن الحديث بان بيعه بيع قن لانفساخ التدبير بالقضاء فيتيقن ولا فرق بين كون العبد ذميا او مسلما ويجري اختلاف المشايخ فيه والتصحيح

قوله واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق في القضاء

وهي مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكر وعن ابي يوسف في شروح الجامع الصغير انها لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشائخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكانه قال كل امرأة لي غيرك طالق دلالة لان غرضه ارضاؤها لا ايحاشها وجه ظاهر الرواية ان اللفظ عام ولا مخصص متيقن لانه ان كان فهو غرضه ارضاؤها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما احل الله له فكان محتملا لكل من الامرين فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الجواب اذ يكفيه ان يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم يقتصر جعل مبتدأ يتحرز عن الالغاء فروع قال لي اليك حاجة اقضيها فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثا لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه في كل ما يامره به ينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا اذا كان مما يدل على قصده الى ذلك عند ابي حنيفة على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق بمضي مدة الايلاء يحنث لانه بالايضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولي بالفعل ويحنث لو اجازه بالقول قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كان رآها في دخلت لم يعتق عبده بقولها رأيناه دخل حتى يشهد آخران غيرهما ان الا يمين رآياه دخل ادعت انها امرأته فحلف بطلاق زوجة اخرى له ما هي امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث حلف ماله علي شيء فشهدا ان له عليه الفا وقضى بها القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند ابي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا انه اقرضه الفا والمسئلة بحالها لا يحنث في قولهما حلف بطلاق لا يدري حلف بواحدة او اكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه ياخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احدهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احدهما خير في القاعة على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها ان يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان لا يصدقها لانها صارت متنا قضة حلف ان لا يجامع امرأته الف مرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما يعتبران وقت التكلم والله اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تقدم الا ان يعرض ما يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم **قوله** ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة

ولو قال علي المشي الى الحرم او الى الصفا والمروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح في قوله علي المشي الى الحرم حجة او عمرة ولو قال الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما ان الحرم شامل على البيت بلا انفصال وكذا المسجد الحرام شامل على البيت فصار كقوله الى البيت ولابي حنيفة ان الصفا والمروة لا يدخلان منفصلين عنه ولان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع صلاه

وكذا علي المشي الى مكة او بمكة بالبناء فعليه حجة او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ والالف لانه لا يلزم المشي الا ليصل اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع ان مدلول المشي ليس هو الحج او العمرة بل ولا يستلزمه لجواز ان يمشي الى البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء معصية واما بان يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غيرها فاذا وصل عليه صار حكمه حكم اهله وله بعد ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا لان من الجائز ان يكون في البيت ويوجب المشي اليه مرة اخرى فيلزمه اذا خرج ان يعود كما لو كان في بيت فقال والله لا دخلن هذا البيت فان عليه ان يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم لذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا له عن اللغو لانه ليس لازما له لجواز ان يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غيرها كما ذكرنا ولا بالنظر الى الغالب وهو ان الذهاب الى هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من القاء الالفاظ وهي ما اذا نذر الذهاب الى مكة كان قال علي الذهاب او لله علي الذهاب الى مكة والسفر اليها او الركوب اليها او المسير او المضي انه لا يلزمه شيء مع امكان ان يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار فيه مجاز التعويل حقيقته عرفية مثل ما لو قال علي حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكره المص ان لا يجب بهذا شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة وهي المشي ولا مقصودة في الاصل ولو قيل بل هي واجبة فان المكي اذا قدر على المشي يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر على ما قدمناه بعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتى لا يلزمه النذر بالوضوء لكل صلوة والمشي المذكور وكذا السعي الى الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر على المشي الا انه قد يتعذر عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا ان يراد من جنس المشي الى مكة مواردان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرط الصوم ومن جنسه واجب وتوجيهان ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء في بعده وان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف بالنذر والكلام الآن في صحته وجوب التبرع فكيف يستدل على لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم في حديث نذر عمر رض الاعتكاف في الجاهلية فهم لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه من ظاهره لانهم والشافعي لا يصححون نذر الكافر ثم قد يقال تحقق الاجماع على لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من جنسه واذا تعارضوا الايجاب صار كقوله علي زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو اراد بيت الله بعض المساجد لم يلزمه شيء وكذا لا يلزمه بقوله علي المشي الى بيت المقدس او مدينة الرسول صلى الله عليه وسلم شيء وارد انه اذا كان كقوله علي حجة او عمرة ينبغي ان لا يلزمه المشي لانه لو قال علي الحج لا يلزمه والجواب ان الحق ان التقدير علي حجة او عمرة ماشيا لان المشي لم يهدر اعتباره شرعا فانه روي عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الى البيت فامرها النبي صلى الله عليه وسلم ان تركب وتهدي بدنة وتهدي هديا رواه ابو داود وغيره وسنده حجة وما في صحيح مسلم انه قال التمشي والتركب فمحمول اما على ذكر بعض المروي وعلى هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني ان محل الاشكال جواز ركوبها ولو اهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بل او فرق لزم استيناؤه فاقتصر الراوي على ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر او محمول على حالة

ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال بعد ما حججت وشهد شاهدان على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية لانه لا مطالب لها نصا كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا

الجهد فان في بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الآخر وقد ذكرنا بقية هناك ذيلا طويلا وفروعا جمة وان الراجح ان يلزمه بمشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني الخلاف فيما اذا لم يحرم منه هل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات اما لو احرم من بيته لزمه المشي عنه بالاتفاق واعلم ان في بعض طرق حديث عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق الهدي في الحديث الآخر الثابت في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين قال ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة ان ينذر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد هديا ولير كب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه لكن حمل المطلق على المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فتجب البدنة ثم المصنف رح ذكر هذا الحديث عن علي رض والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن عيينة عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي رض في الرجل يحلف على المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدى بدنة رواه عبد الرزاق عن علي بسند صحيح فيمن نذر ان يمشي الى البيت قال يمشي فاذا اعيى ركب واهدى جزورا واخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص من حديث اخت عقبة بن عامر فاسنده الويعلى في مسنده زهير حدثنا احمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رض ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تحج ماشيا فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة فاما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاحد الذي لزمه حجا فانه يحرمه من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا الى ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد اسقاطه بعمرة فعليه ان يخرج الى الحل فيحرم منه وانما اختلفوا في انه يلزمه المشي في ذهابه الى الحل او لا يلزمه الا بعد رجوعه محرما والوجه يقتضي انه يلزمه المشي لا قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الى محل الاحرام فيحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمنا عن ابي حنيفة لو ان بغداديا قال ان كلمت فلانا فعلي ان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد ولو قال علي السفر الى بيت الله فقد علمت انه لا يلزمه مشي مع اخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الى مكة وكذا على المشي الى استار الكعبة او باب الكعبة او ميزابها او اصطوانة البيت او الصفا والمروة والى عرفات ومزدلفة لا يلزمه شيء واختلفوا فيما اذا قال الله على المشي الى الحرام او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة رح لا يلزمه شيء وقال صاحباه يلزمه احد النسكين والوجه في ذلك ان يحمل على انه تعورف بعد ابي حنيفة رح ايجاب النسك بهذا اللفظ كما تعورف بالمشي الى الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكرناه متضائل وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل على الكعبة فذكر المشتمل ذكر للمشتمل وهو الكعبة ولو صرح بقوله لله علي المشي الى الكعبة لزمه فكذا لزم المشتمل لان ايجاب اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين المشي الى الحرم عينه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال عبدي حر ان لم احج العام وقال بعد القضائه حججت واقام العبد شاهدين على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده عند ابي حنيفة وابي يوسف ولم يذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة في شرح الجامع الصغير قال صاحب المختلف وكذا لم يذكره الفقيه ابو الليث في مختصر الجامع الصغير

ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب
ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانضمامه الى آخر اليوم واليوم ظرف يجمع في نفسه نوائب الزمان

قال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد وهو التضحية وكيف لا يقبل ومن ضرورته انتفاء الحج ذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به اجاب المص بقوله غاية الامر ان هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تمييز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيرا ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي وصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فاما النحو وان كان وجوديا وينفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي تقبل في الشرط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه ونحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية اذ لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعا به فقول محمد رح اوجه

قوله ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما زاد على ادنى امساك في وقته تكرار الشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا انزل ابراهيم عم ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلوة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه قائم قرأ او ركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لا يدخل في الوجود تمام حقيقتها قوله ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل باتمام اليوم اما في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال لله علي صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال علي صلوة تجب ركعتان عندنا لا يقال المصدر مذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر اثره في غير تحقق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال فقد اورد عليه

ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن الاركان المختلفة فما لم يات بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر في الجزء الثاني

ما لو قال الامر من هذا اليوم وكان بعد ان اكل او بعد الزوال او قال الا مرأة ان لم تصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعد ما صلت ركعة صحت اليمين وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم ولا كمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلوة من الحائض لان دروران الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها لم تشرع مع دروره حيض فقامت شرط ادائها بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا فلا يتصور بوجه وهاتان المسئلتان انما يصلحان مبتدأتين لامور دتين لان كلامنا كان في المطلق وهو لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي النكرات وهي اسماء الاجناس والا فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحالف مستحيلا شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلوة الشرعيتين اما على قول ابي يوسف فظاهر انها ينعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف انه لا يصوم هذا على الجائز لانه لتعظيم الله وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره اشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه بعد ما قال ثم افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير **قوله** ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة عن افعال مختلفة فما لم يات بها لا يسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل لان ما بعد صوم ساعة مكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة ثم قال المصنف ان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف لا يصلي يقع على الجائز فلا يحنث بالفاسد الا اذا كان اليمين في الماضي اي حلف ما صليت وكان قد صلى فاسدة لان الصلوة الماضية يراد بها الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا ان يراد بالفاسدة ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف انه يصلي فصلى صلوة فاسدة بان صلى بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلوة صورة واطلاق الاسم على صورته مجازا جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسدة وزيادة على شرط الحنث ولا يمنع الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا اصلي وبين لا اصلي صلوة حيث يحنث بركعة فقال وفي صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لكن كون المفعول صلوة وذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد صحته والانتقاض انما يظهر في حكم تقييد الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من كلامه هذا ان المراد من الفاسدة هي التي لم توجد منها شيء يوصف بالصحة في وقت بان يكون ابتداء الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هناك ايضا واورد ان من اركان الصلوة القعدة وليست في الركعة الواحدة فيجب ان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من السجدة وهذا اولى مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ والحق انه

وكو حلف لا يصلي صلوة لا يحنث مالم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته فنسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى يغزل من قطن ملكه يوم حلف ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها

يتفرع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في ذلك وهرت المسئلة في سجود السهو ولا وجه ان لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق ان الاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن زائد على ما تحرر وانما وجبت للختم فلا يعتبر ركنا في حق الحنث **قوله** ولو حلف لا يصلي صلوة لم يحنث مالم يصل ركعتين لانها الصلوة المعتبرة شرعا صلوة ركعتين للنهي عن البتيراء نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما في المسئلة الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف فقال بعض المتاخرين تبين بهذه ان المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن ابي يوسف حلف لا يصلي ركعة وصلى الركعة حقيقة دون مجرد الصلوة لا يتحقق الا بضم اخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلوة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه المتعين على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلوة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلوة الصبح او ركعتي الفجر ينبغي ان لا يحنث حتى يعقد **فروع** حلف لا يؤم احدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت ان لا اؤم احدا صدق ديانة لا قضاء الا ان اشهد انى انما صلى النفس وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى ان يصلي لنفسه الجمعة جازت الجمعة استحسانا لان الشرط الجماعة وقد وجدت وحنث قضاء لا ديانة وينبغي اذا ام في صلوة الجنازة ان يكون كالاول ان اشهد صدق فيها والا ففي الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلوة يريد في جماعة صحت نيته لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية في هذا بخلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قاله بمعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفي ما اخرت صلوة عن وقتها وقد نام اختلفوا ايضا على ان وقت التذكير وقتها بالحديث فيصح اولا ثم ينصرف الى الوقت الا يصلي

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك قدمه على الضرب والقتل لان اللبس اكثر وقوعا منه لا يفيد خصوص الملبوس او لان شرعية اوسع من شرعية الضرب والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كثدي وثدي **قوله** ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك اي ثوبا من غزلك اي مغزولك فهو هدي فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف فلبسه فهو هدي اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن او كتان او كان فلم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد الحلف فلبسه ففي مسئلة الكتاب فعند ابي حنيفة هو هدي فقالا ليس ان يهديه حتى تغزله من قطن ملكه يوم حلف اي وقت الحلف ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان كان نذر هدي شاة او بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق في مكة بعينه او بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كاهداء دار ونحوها وهو نذر بقيمتها وجه قولهما ان النذر انما ينعقد فيما هو في الملك قال صلى الله عليه وسلم

لهما ان النذر انما يصح في الملك او مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه ولان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب للملكه ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا

لا نذر فيما لا يملك ابن آدم او مضافا الى سبب الملك مثل ان اشتريت كذا فهو هدي او فعلى ان اتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا لملك الملبوس ولا متعلقه الذي هو غزل المرأة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر في المشتري من القطن اذا غزل ولهذا ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج لان العادة ان يشتري القطن في البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالمتعلق بغزلها هو تعليق بسبب ملكه للثوب كانه قال ان لبست ثوبا ملكه بسبب غزلك فقطنه فهو هدي لا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان القطن مملوكا له وح لا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او في حال الحلف ثم استوضح على ان غزلها سبب عادي لملكه المغزول بقوله ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق منع ان القطن غير مذكور وما ذاك الا لكون ذكر الغزل ذكر سبب الملك في المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنده وكون الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه فلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول وبهذا فارق مسئلة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسري ليس اضافة الى سبب الملك لان الملك لا يثبت عند التسري اثرا له بل هو متقدم عليه ولهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسئلة التسري هذا والواجب في ديارنا ان يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا للملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابي حنيفة رح فروع تتعلق باللبس حلف لا يلبس غزلها فلبس فلما بلغ الذيل السرة تذكر فلم يدخل يده في الكمين ورجلاه بعد في اللحاف حنث حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ومن حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث به ولو قال هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ولو اتزر او ارتدى حنث سوى القميص وغيره بخلاف ما لبس قميصا لا يحنث اذا اتزر به او ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد وكذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به او تعمم لا يحنث ولو قال هذا السراويل فاتزر به او تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف لا يلبس القباء او قباء فلم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفي هذا القباء يحنث لان في المنكر يعتبر اللبس المعتاد وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار الامام الزاهد الحنث في المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القباء على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث وقيل بل يحنث لانه لو جعل القباء فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي ثوب فلان فوضع قباءه على كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن لبس الدار بخلاف ما اذا ذكر لفظ القباء ولو حلف لا يلبس هذا الثوب فالقى عليه وهو نائم المختار لا يحنث لانه ما لبس الا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل فادخل فلو انتبه فالفاه كما انتبه لا يحنث وان تركه بحيث علم انه الثوب المحلوف عليه او لا وكذا لو القى عليه وهو منتبه ولو حلف لا يلبس سراويل او خفا فادخل احدى رجليه لا يحنث ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالرقيق والدقيق والعروة ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث اما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزل غيرها حنث وكذا ان كان فيه صلة في كمه او دخريص او علم من غزل غيرها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيط منه او ما فيه شيء منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها يحنث عند ابي يوسف وعندهما لا يحنث وعليه الفتوى لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلامه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان لا يعمل بيده لا يحنث والا حنث لا يلبس حريرا او ابريسما لا يحنث الا بثوب كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه

ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه لبس حليا عرفا لا شرعا حتى ابيح استعماله للرجال والتحلي به لقصد التختم وان كان من ذهب حنث لانه حلي وظن الايمان استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن ولانه لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان يفتى بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراش آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء لا يكون تبعا له فينقطع النسبة عن الاول ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فتقطع النسبة عنه

فلو حشي به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب ولا يلبس عين الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث لا يكسو فلانا فكساه قلنسوة او خفين او جوربين او ارسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان ينوي كسوته بيده ولو اعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الائمة الثلاثة يحنث لنا انه لبس يتحلى عرفا ولا شرعا بدليل انه ابيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما ابيح لهم لقصد التختم لا للزينة فلم يكن حليا كالملاقي حقهم وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم تقصد به فكان عدما خصوصا في العرف التي هي مبنى الايمان قال المشايخ هذا اذا لم يكن مرصعا على هيئة خاتم النساء بان كان له فص فان كان حنث لانه لبس النساء وانما يراد به الزينة لا التختم فكمل معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا او خلخالا او قلادة او قرطا او دملوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان نا يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث مطلقا بفص وبلا فص اتفاقا **قوله** ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وعلى هذا الخلاف عقد زبرجد او زمرد او ياقوت ولقولهما قالت الائمة الثلاثة وجه قولهما انه حلي حقيقة فانه يتزين به وسمي به في القرآن قال تعالى وتستخرجوا منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللؤلؤ والمرجان ولانه لا يتحلى به في العادة وهو المراد بقوله عرفا الا مرصعا بذهب او فضة ومبنى الايمان على العرف لا على استعمال القرآني فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشايخ قياس قوله انه لا باس ان يلبس الغلمان والرجال اللؤلؤ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان في زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عرفهما تحلى بالساذج ويفتى بقولهما لان العرف القائم انه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا **قوله** ومن حلف لا ينام على فراش اي فراش معين فانه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث ولو كان نكرة بان حلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه وفوقه قرام حنث لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رفيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملاة المجعولة خوف الطراحة واذا كان تبعا له لم يتغير وصار كانه نام على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقها فراشا آخر فانه لا يحنث اذا نام على الاعلى لانه يشبه والشيء لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروي عن ابي يوسف رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نائما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا للآخر وحاصله ان كون الشيء ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا فيه في الفراشين بل كله اصل بنفسه ويتحقق الحنث بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الاعلى **قوله** ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض عرفا فاعتبر العرف كلا من البساط والارض والحصير اصلا ولهذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل المجالس على احدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس فلان على الارض فيحنث فسره انه حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا يعتبر حائلا بل كانه جلس بنفسه على الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير او فراش حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس

باب اليمين في القتل والضرب وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر بعض فيه الحيوة في قول العامة

على السرير في العادة كذلك اي على ما يفرش عليه يقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه من انواع الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه اي الآخر الاعلى مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق وفرق ابو يوسف على تلك الرواية عنه في الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان احدهما فوق الآخر بل يقال جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما فبسط عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان او سطحا على السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما انقطعت النسبة على الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلوة على سطح الكنيف والاصطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر فصلى عليه لا يكره قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع وفي كافي الحاكم حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على حجارة حنث لانها من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغير ذلك من الغسل والكسوة قوله ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة حتى اذا مات فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن او استعمال آلة التاديب في محل قابل للتاديب والايلام والادب لا يتحقق في الميت لانه لا يحس ولذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره توضع فيه الحيوة بقدر ما يحس الالم والبنية ليست بشرط عند اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحيوة في تلك الاجزاء التي لا ياخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه انكان بناء على انكار عذاب القبر امكن والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد اورد على اخذ الايلام في تعريف الضرب قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا يحنث فتقدير بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه واجيب او لا بمنع عدم الالم في ضرب ايوب عم بالكلية وقد روي عن ابن عباس رض انه قبضة من الشجر وان سلم فمخصوص بايوب ودفع بانه تمسك به في كتاب الحيل في جواز الحيلة فلم يعتبره وفي الكشاف هذه الرخصة باقية والحق بان البر بضرب الضغث بلا الم اصلا خصوصية لزوجة ايوب عم ولا ينافي ذلك بقاء شرعية الحيلة في المجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة لا يحنث لكن بشرط ان يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قائمة او باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا وضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين مرة يبر لو ضربه بمائة سوط وخفف بحيث لم يتالم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه ولا يبر الا بان يتالم حتى ان من المشائخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون عدد بحال لو ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشائخ وهو ان لا بد من الالم **فروع** لاضربنك حتى اقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى اتركك لا حي ولا ميت وحتى تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبول وعندي ايضا على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى يشق نصفين فهو على ان تضرب به الارض ويركله فقط وخلاف هذا ليس بصحيح حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط فلفه بخرقة وضربه حنث ليضربنه بنصل هذا السكين او بنبل هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه لم يحنث ولو قال ان لقيتك فلم اضربك فعبدي حر فراه على سطح او من بعيد بحيث لا يتصل اليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال محمد اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل او اكثر ولم يلقه حلف لا يضرب امراته فضربها

وكذلك الكسوة لانه يراد به التمليك عند الاطلاق وهذه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي به الستر وقيل بالفارسية يتمكن اللبس
وكذا الكلام والدخول لان المقصود من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار قبره
لا هو ولو قال من غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن
حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال اللاعبة لانه يسمى ملاعبة لا ضربا

امته بمعصية فاصاب ضربه المرأة بغير قصد حنث لا اعتد به فحينئذ لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق **قوله** وكذا الكسوة
اذا حلف ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحياة لاعتبار التمليك في مفهومها وكذا لو قال كسوتك هذا
كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احدى خصال الكفارة والمعتبر فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتمليك ليصح التمليك
وقال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان لا يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك الا ان
ينوي به الستر استثناء من قوله فهو على الحياة التي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة وح يحنث لان الستر يتحقق في حق الميت
كما في الحي فتنعقد يمينه على حالتي الموت والحيوة وذكر ضميره وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك وقيل على تاويل الاكساء ولا وجود له في اللغة
قوله قال وكذلك الكلام يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحيوة فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه
لا يسمع ولا يفهم واورد انه عم قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر اتكلم الموتى يا رسول الله فقال عم والذي
نفسي بيده ما انتم باسمع من هؤلاء ومنهم واجيب بانه غير ثابت يعني من جهة المعنى والا فهو في الصحيح وذلك بسبب ان عائشة ردته
لقوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور فانك لا تسمع الموتى وبانه انما قال على وجه الموعظة الاحياء لا لافهام الموتى كما روي عن علي رض
انه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين انا نسأل الله لنا ولكم المغفرة وانا لنرجو ان نكون اياكم فقد سكنت هذه اخبركم عندنا وما خبرنا عندكم وبانه مخصوص
بذلك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقي انه روي عنه عم ان الميت يسمع حقيقة لعالم اذا انصرفوا وليتنظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح قال
والدخول يعني اذا حلف لا يدخل على فلان يقيد بالحيوة فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لا يقال
دخل على حائط ولا على دابة والزيارة للميت ليس حقيقة بل انما المزور قبره ولهذا قال عم كنت نهيتكم عن زيارة القبور الا فزوروها فلا تقولوا
عن زيارة الموتى قال ولو قال ان غسلتك فعبدي حر انعقد على الحيوة والموت لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير فازالة الوسخ والكل
يتحقق في حالة الموت كالحيوة وفي شرح الطحاوي الا الاصل ان كل فعل يلذ ويؤلم وينعم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم
والجماع والكسوة والدخول عليه انتهى ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عم عثمان بن مظعون بعد
ما ادرج في الكفن محمول على واضرب من الشفقة او التعظيم وقيل اذا انعقد على تقبيل فلم يحنث او على امرأة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف
لا يغتسل او لا يتوضأ او لا يكلمه او لا يمسه او لا يلبسه فهو على الحيوة والموت **قوله** ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث
وكذا لو رماها او قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي ان لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا واجيب بما علل به في الكتاب وهو ان الضرب اسم
لفعل هو لم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث
واستشكل يمين الضرب بانها اما ان تعلق بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التأديب في محل قابل له فيجب ان لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض
لانه لا يتعارف ضربا او بمعناه وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمي بالحجر او بهما فيحنث بالضرب مع الايلام مما زجه لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد واجيب
من ان شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا او عرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث انه وان وجد شرط الحنث عرفا
لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده ان لا يبيع بعشرة او باقل بل باكثر ولو باعه باكثر لا يحنث ايضا لانه وان وجد شرط الحنث لفظا لانه باعه باحد عشر فقد باعه بعشرة ايضا لكنه

ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث لانه عقد يمينه على حيوة يجد تحقيقها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه على حيوة كانت فيه ولا يتصور فيصير قياس مسئلة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسئلة تفصيل العلم هو الصحيح

باب اليمين في تقاضي الدراهم

قال ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحقة صحيح ولا يرتفع رده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانه ليس من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بها في الصرف والسلم

لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل لم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب اما اذا فعل في الممازحة ولا يحنث فلو اوماها لكن لا على قصد الايماء بل وقع الخطأ في الممازحة باليد وعن الفقيه ابي الليث انه قال هذا اذا كانت بالعربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية ايضا الا انه خلاف المذهب

قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت والحالف عالم بموته حنث لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحيوة بسبب عادي مخصوص لزم انعقاد يمينه على ازالة اعادة حيوة يجدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحيوة القائمة فيه ولا يتصور ازالة القائمة ولا حيوة قائمة فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابي يوسف وبينهما فعنده ينعقد ويحنث فعليه الكفارة وعند ابي حنيفة ومحمد رح لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد

قوله وليس في تلك المسئلة اي مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه لا يحنث عندهما سواء علم ان فيه ماء وقت الحلف او لم يعلم

قوله هو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف فقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأته طالق فانه يحنث بالاتفاق وعن ابي حنيفة رواية اخرى لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء في هذا الكوز فحلف ينبغي ان تنعقد يمينه عندهما على ما يحدثه الله تعالى في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر لو جب خشبة بخلاف ما اذا لم يعلم ان في الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ما في الكوز فلو اوجد الله فيه كان غير المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه والله تعالى اعلم بالصواب.

باب اليمين في تقاضي الدراهم التقاضي المطالبة وهو سبب للقضاء وهي مسائل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسئلته وخص الدراهم بالذكر لانها اكثر دورا في المعاملات **قوله** ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فهو ما دون الشهر فان آخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد او اجلا فهو على اكثر من شهر وعلى الشهر ايضا ولكنه قصد الطباق بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعي واحمد ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة الى ما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل ان يقضيه وقلنا هذا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال بارأيتك منذ شهر عند استبعاده الغيبة فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فاما اذا نوى بقوله الى قريب والى البعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا سنة او اكثر صحت وكذا الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه صبحا او عند الهلال ونحوها

قوله ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد فلان بعضها اي بعض الدراهم زيوفا وفي المغشوشة غشا قليلا يحنث بتجويز التجار بها وانما يرد بيت المال او نبهرجة وغشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصي ويقبل السهل منهم او مستحقة لم يحنث بذلك سواء رد بدلها في ذلك اليوم او لا لان الغيوف عيب وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكورة في الكتاب غير عربي بل هو من استعمال الفقهاء والعيب في الجنس لا يعدم الجنس اي جنس الدراهم ولهذا اي ولكون وصف الزيافة لا يعدم اسم الدراهم

وان باعه بها عبدا او قبضه برئ يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمرد البيع فصار كانه
شرط القبض ليتقرر به وان وهبه له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب الدين

لو تجوز بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت راس مال السلم صح مع ان الافتراق عن غير قبض مفسد لها فعرف
انها لم ينفك عنها جنس الدراهم فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض او الدفع وكذا قبض الدراهم المستحقة صحيح ولذا لو اجاز المالك قبضها
جاز واذا بر في دفع هذه المسميات الثلاثة فاورد الزيوف والبنهرجة او استردت المستحقة لا يرتفع البر وان القبض فانما ينتقض في حق حكم
يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع عتق فردها مولى المكاتب بسبب انها زيف او بنهرجة او مستحقة لا يرتفع
العتق ولو كانت رصاصا او ستوقة حنث اذا القضى اليوم ولم يرد بدلها دراهم والستوقة المغشوشة غشا اما وهو تعريب
سه توقه اي ثلاث طبقات طبقا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يتجوز بها في الصرف والسلم
ولا يعتق المكاتب باداءها فلو ردها المولى ظهر عدم عتق العبد **قوله** وان باعه اي باع الحالف المديون رب الدين الذي
حلف ليقضينه اليوم دينه في اليوم المحلوف على قضائه فيه عبدا او قبضه رب الذي بر المديون في يمينه لان قضاء الدين لو وقع بالدراهم
كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الدائن مضمونا عليه لان قبضه لنفسه يملكه وللدائن مثله على المقبض فيلتقيان
قصاصا فكذا هنا بها اذ لا فرق بين الدراهم وغيرها مما يقاص بها فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته مثلها
فيلتقيان قصاصا ثم البر وقضاء الذي يحصل بمجرد البيع قبض الدائن العبد او لا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف قبل قبض المشتري
المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص عليه محمد تاكيدا للبيع ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب
بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل القبض ولو كان البيع فاسدا فقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث
لانه مضمون بالقيمة هذا اذا حلف المديون فكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم اقض مالي عليك اليوم او ان لم استوف قال محمد فان وهبه له
لم يبر يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل انقضائه فقيل لم يبر المديون لان شرط البر القضاء ولم يوجد لعدم المقاصة ولان
القضاء فعل المديون والهبة فعل الدائن بالابراء فلا يكون فعل هذا الآخر قال في الفوائد الظهيرية واذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف
عليه يعني تعذر المحلوف عليه وهو القضاء قبل انقضاء اليوم وتقدم في مسئلة الكوز ان بقاء التصور شرط لبقاء اليمين في اليمين الموقتة
وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين موقتة والكان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم واعترض بعضهم عليه بانه يستلزم ارتفاع النقيضين
لان البر نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دائما هما في الامور الحقيقية كوجود زيد وعدمه اما
في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمهما ما دام السبب قائما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب
لثبوت احد الامرين لا محالة من الحنث او البر شرعا فاذا فرض انتفاؤه انتفى الحنث والبر كما هو قبل اليمين حيث لا يرد ولا حنث وجميع ما اورده
من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسئلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسئلة لم يحنث لا فائدة فيه لان عدم الحنث
متفق عليه وانما يفيد ولو قال ابر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفعل المحلوف عليه ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسئلة اعني مسئلة
البتة مقيدة بكون الحلف على يوم بعينه كما اشرنا الى ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابراه او وهبه فلا شك انه يحنث الا اتفاق
لان تصور الشرط بقاؤه في اليمين المطلقة بل في الابتداء وحين حلف كان الدين قائما فكان تصور البر ثابتا فانعقدت ثم حنث

ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى يقبض جميعه متفرقا لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين ولم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة وكان استثناء المائة استثناء لها بجميع اجزائها وكذلك لو قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء **مسائل متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما يحنث لوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل

زمن يقدر فيه على القضاء لليأس من البر بالبتة **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط اي شرط الحنث قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق الى كل الدين حيث قال لا اقبض ديني وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير انه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع للمتفرقات فكان الوزنات وزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته فجعل التفريق الكائن بهذا السبب مستثنى والمسئلة في الجامع الكبير موقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان اخذت منها اليوم درهما دون درهم فاخذه خمسة ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد

قوله ومن قال ان كان لي الا مائة فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي عن ما زاد عن المائة فيصدق على الخمسين اذ يصدق ان الخمسين ليس زائدا على المائة واما بالنظر الى اللفظ فلا يصح الا على جعل المستثنى مسكوتا عن حكمه فان معنى اللفظ ليس لي مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفي المال فاذا قلنا ان المستثنى مسكوت فيكون المائة غير محكوم عليها بانها في ملكه غير متعرض لها باثبات بوجه من الوجوه وعلى هذا طائفة من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طائفة اخرى او على ان الاستثناء من النفي اثبات وهو مختارنا وصرح به المصنف فقال الاستثناء من النفي اثبات في هذا الكتاب فيحنث لفظا لانه حلف على ان له مائة واما قول المصنف ولان استثناء المائة استثناء لها بجميع اجزائها فظاهره انه وجه مقابل لقوله لان المقصود منه عرفا وهو ان يكون مدلولا له ومعلوم ان اخراجها ليس الا من النفي وحاصله اخراج جميع اجزاء المائة من عدم الملك فلو صح كان الحالف على نفي خمسين من ملكه فكان يحنث فليس للمعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعى انه اعطى زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطني الا خمسين فقال ان كنت اعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل وكذا اذا اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الآخر خمسون فقال ان كان لي عليه الا مائة فهذا النفي للنقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفي الجامع الصغير عبده حر ان كنت املك الا خمسين فملك عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكوة حنث والا لا الا ترى انه لو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكوة او حلف مالي مال لا يحنث الا بمال الزكوة وفي خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة ياتي ان شاء الله تعالى

مسائل متفرقة اي هذه مسائل متفرقة لكون الاشارة الى امر حاضر في الذهن او تاخر وضع الترجمة عن وضع المسائل ويكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ عن الابواب بالترجمة ونحوها **قوله** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل فعم الامتناع في جميع الاوقات المستقبلة ضرورة عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الاوقات ثابتا وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله سواء كان مكرها فيه او ناسيا او اصيلا او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع اليأس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصي بالكفارة

واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داع دخل البلد فهذا على حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع

او يفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا او ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد واكل الرغيف قبل اكله فح يحنث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما ذكرنا فلو كانت مقيدة مثل الاكلة في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف ولو اكل الرغيف قبل مضي الوقت سقطت اليمين عندهما على ما عرف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد قوله واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داع دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر الصوديه عر بكسر العين في الماضي وبفتحها في المضارع اذا فسد فهو على حال ولايته خاصة ولو عزل لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن احمد وهذا التخصيص في الزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بان المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره او شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا انزجر داعر آخر كما قال تعالى ولكم في القصاص حيوة وهذا يتحقق الا في حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية فاذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن ابي يوسف انه يجب عليه اعلامه بعد العزل ايضا وهو قول الشافعي ورواية عن احمد لانه مقيد لاحتمال ان يعاد فيزجره لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ثم ان الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف او عزل لانه لا يحنث في اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان انتهى ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد اي بالفور اي فور علمه به وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه او الكفيل ان لا يخرج عن البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بقيام الزوجية فاذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما بخلاف ما لو حلف لا تخرج امرأته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر القيد فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الاذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة اتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح قوله ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه الاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب والقبول معا وفي عقود التبرعات بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والتحلي والاقرار والهدية قال زفر هي كالبيع وفي البيع ومامعه الاتفاق على انه المجموع فلذا وقع الاتفاق على انه لو قال لبتك امس هذا الثوب فلم يقبل فقال بل قبلت او اجرتك هذه الدار فلم يقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستاجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم يقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع فاوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فاوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة عندنا يبر بالايجاب عند يحنث استدل الامام لزفر بقياسها بالبيع لانه اي عقد الهبة تمليك مثله حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو اي عقد الهبة بلا قبول كالايجاب في البيع ثم لا يشترط القبض في رواية عنه بل يجزي ايجاب عن ايجاب الهبة والقبول من الآخر لتمام السبب وانما القبض شرط حكمه والسبب يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية اخرى عنه يشترط معه القبض فلا يبر حتى يقبض الآخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المص ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع اي الهبة اسم التبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث وانما اراد تسميه سببا للملك الاعلى ما نقل عن بعضهم ان الملك يثبت به قبل القبول

ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به واما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين

الا ان بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معول ولا عمل على هذا بل لابد من القبول لتمام العقد فكان في احتياجه الى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا لملك الآخر كالبيع والحاصل انه انما يتم به ما هو من جهة وهو التمليك وهو بهذا القدر لا يدخل في ملك الآخر وان كان بلا بدل حتى به يظهر رضاه بذلك بلفظة المفيدة له وهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة واخواتها ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل او الاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا او وهبت كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع لم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما رأى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم فقد اطلق اسم الاهداء من احد الجانبين فقط لفرض انه رده عليه ووجهه ان قول ابن عباس اهدى اما حكاية قول الصعب بن جثامة رضا اهديت لك هذا او حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد ان اسم الهدى يتم بمجرد فعل الواهب قبل الآخر ولا واستدل ايضا بقولنا وهبت لفلان فلم يقبل وليس شيء منها بلازم لان غاية ما فيه انه صح ان يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة لقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر انه يصح ان يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع انه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بانه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة الا ترى انه لو قال لبعته هذا الثوب بالف فلم يقبل فلم يكن مخطيا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل صحة قول القائل وهبت فلم يقبل على ان وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله لبعته فلم يقبل على ان البيع لمجرد الايجاب والاثبات واما الاستدلال لقول الصديق لعائشة كنت نحلتك عشرين وسقا من مال الغابة وانك لم تكوني حزتيه فهو ساه نحلي قبل القبض وانما ينتقض على احدى روايتي زفر انه ماخوذ فيه القبض ايضا ولسنا نصححها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب مسمى اللفظ واما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وهو يتم بالايجاب يعني فالظاهر ان الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد ولا يخفى انه غير لازم والا كانت اسماء الامور التي لها غايات اسماء لتلك الغايات وايضا فمقصود الاظهار للسماحة غير المراد اذ لا ينبغي حمل فعل جميع العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والفقير الاجنبي وهذا اليق ان يجعل مقصودا للعقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع القبول والايجاب واقربها انه اسم للتبرع كما ذكر المص والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فيتم بالتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على شيء آخر وهو القبض لجزء السبب ان سلم هذا وعلى هذا الخلاف القرض وعن ابي يوسف ان قبول المستقرض لا بد منه فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال اقرضني فلان الفا فلم اقبل لا يقبل قوله ونقل عن ابي حنيفة فيه روايتان والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في الجامع ان في القرض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه ان يلحق الابراء بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع للعوض فاعلم ان الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة لا عين مال فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار ماله الى عين المال حتى جرت احكام المال عليه في باب المشكوة ولهذا قلنا يرتد بالرد والقبول التعليق ولا يقبل التعليق ولا يعلم خلاف في ان الاسقاط كالهبة فرع حلف لا يوصي لوصية فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى اباه في مرض فعتق عليه ولو حلف ليهبنه اليوم مائة درهم فوهبه مائة له على آخر وامره بقبضها بر ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثة وفي شرح الجامع الكبير للعتابي ان الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام

ومن حلف لا يشم ريحانا فشم ورد او ياسمينا لا يحنث لانه اسم لما لا ساق له وفي الساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف

لا يشترطوا فيها القبول من الآخر ولو قال لعبد ان وهبك فلان مني فانت حر فوهبه منه ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سواء كان اولا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدا الواهب فقال وهبتك لا يعتق قبل او لم يقبل وان بدا الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف لا يهب عبده من فلان فوهبه له اجنبي فاجازه الحالف البتة حنث كما ارواه ابن سماعة عن محمد ولا يهب عبده لفلان فوهبه له على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه ثم شاركه بمال ابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال وينعقد يمين نفي الشركة على ما عليه عادة الناس من الشركة في التجارة دون الاحيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث بخلاف ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه مختارا انما لزمه حكما احب او كره

قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم ورد والياسمين لم يحنث ويشم هو بفتح الياء والشين مضارعا شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي في اللغة المشهورة الفصيحة واما شممت اسم بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع لقد انكرها بعض اهل اللغة وقال هو خطاء وصحح عدمه وقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم يمين الشم المقصود فاذا حلف لا يشم طيبا او وجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه وفي المغرب الريحان كلما طاب ريحه من النبات وعند الفقهاء ما له رائحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له من البقول مما له رائحة مستلذة وقيل اسم لما ليس له شجرة ذكره في المبسوط لانه قال والنجم والشجر يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان لان الريحان انما يطلق على ما ينبت من بذره مما لا شجر له ولعينه رائحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رائحة انما الرائحة لزهره خاصة هذا والذي يجب ان يعول عليه في ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع فهو ريحان الحمام واما كون الريحان المترنجي منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعندنا يطلقون اسم الريحان لا يفهم منه الا الحمام فلا يحنث الا بعين ذلك النوع

قوله ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو على دهنه دون ورقه فلا يحنث بورقه وذكر الكرخي انه يحنث به ايضا لعموم المجاز وهذا مبني على العرف فكان في عرف اهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما سمي به بائع الدهن ثم صار كل يسمى به في ايام الكرخي فقال به وانما عرفنا فيجب ان لا ينعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما قال في الورد والخلاف ان اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج **فروع متفرق الاحناث** اذا حلف على الدجاج نفيا او اثباتا وكذا الجمل والابل والبعير والجزور والبقر والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل يتناول الذكر والانثى والثور للوحدة قال قائلهم لما مررت بديرهند ارقني صوت الدجاج وضرب بالنواقيس والصوت انما هو للديك وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن ابي يوسف البقرة لا تتناول الثور وليس بذلك والثور والكبش والديك للذكر والبرذون للعجمي والبقرة لا تتناول الجاموس للعرف حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث وان لم يذكر حرف النفي فقال لا افعل كذا وكذا فكذلك يحنث حلف لا ياكل مما يجيء به فلان فجاء بحمص فطبخ فاكل من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكرها في فتاوى قاضي خان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا ياكل لحما فاكل من مرقه انه لا يحنث ان يقيد بما اذا لم يجد طعم اللحم حلف لا يشرب حراما من هذا الجنس فقاء فشرب قيئه لا يحنث قال لعبده اذا سقيت الحمار فانت حر فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكن لم يشرب حلف لا يشرب عصيرا فعصر عنقودا في حلقه لا يحنث ولو عصره في كفه

وهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه

فحسناه حنث اما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما وفي الفتاوى هذا في عرفهم اما في عرفنا ينبغي ان لا يكون حانثا لان ما بر العنب يسمى عصيرا في اول ما يعصر حلف على امرأته لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حافظ فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها ان تتسور الحائط قال الفقيه وبه ناخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق وقيد ومنع من الخروج فلا يحنث ولو قال لامرأته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد من الحضور منعا حسيا حنث قال الصدر الشهيد هذا في فتاوى الفضلي وذكر بعد هذا انه لا يحنث قال والاصح انه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى يعني وقد اكرهت على السكنى وهو فعل والمكره على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنث فقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم اخرج من هذه اليوم فعبيدي احرار ومنع اياما انه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق فكان ليلا فهي معذورة حتى يصبح ولو قال لرجل لم يكن معذورا هو الصحيح الا لخوف لص وغيره وهذا ما سلف الوعد به كل عبد لي حر فله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه الى التام ومثله لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع آخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل منه ويعتق عبد المأذون وان كان عليه دين ولا يعتق عبد عبده المأذون عند ابي حنيفة رض اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى عتقهم وان لم يكن عليهم دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه عتق والا فلا كان عليه دين او لا وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم يتوشيا فهو حالف فان لم يفعل المخاطب حنث وان اراد به الاستحلاف فهي استحلاف ولا شيء على واحد منهما اذا لم يفعل ولو قال لغيره اقسمت واقسمت بالله عليك لتفعلن كذا وقال اشهد بالله واشهد عليك او لم يقل عليك فالرابع هو المبتدأ الا ان يكون اراد الاستفهام فلا يمين عليه ايضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدأ وان نواه اشتري منا من اللحم فقالت امرأته هو اقل من من وحلفت عليه فقال ان لم يكن منا فانت طالق فانه يطبخ قبل ان يوزن فلا يحنث هو ولا المرأة حلف لا ياكل من خبز ختنه فسافر الختن وحلف لامرأته دقيقا فاكل منه حنث لانه باق على ملكه قال الامام القاضي هذا اذا لم يفرز قدرا لكن قال لها كلي من دقيقي بقدر ما يكفيك اما اذا افرز قدرا من الدقيق واعطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل من مال فلان فتناهدا فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل من مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان احد الشركاء صبيا لا يجوز ولو كان كل واحد اكل مال نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم واستحسنه لكن لم يصرح بالخلاف انتهى واقول الفرق ان عدم الحنث لاكل كل من المتناهدين مال نفسه عرفا لا حقيقة وعلى العرف تبتنى الايمان فلم يحنث وعدم جواز التناهد مع الصبي لانه غير اكل مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي الخلاصة حلف لا ياكل من خبز فلان فاكل خبزا بينه وبين فلان يحنث وقال في مجموع النوازل لا يحنث لانه اكل حصته ولو قال لا ياكل من مال فلان فمات فلان فهو وارثه فاكل ان لم يكن انه وارث سواه او كان فاكل بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا ياكل رغيفا لفلان

وقيل في عرفنا تقع على الورق وان سلف على الارض فالبيع على الورق

فاكل رغيفين بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا دار بين اختين قال زوج احدهما ان دخلت الا في نصيبك فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض يسمى ارضا وتسمية الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا ياكل من حب خل لفلان فاكل من حب خل بينه وبينه حنث ولو اشترى بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف ياكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا ياكل من قدر فلان فاكل من قدر طبخها فلان لم يحنث في الاصل لو حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه مع غيره حنث الا اذا نوى شراه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره لم يحنث لان الثوب اسم للكل مثلا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل امرأة وهبت طيرا فقال لها زوجها اكر ازمن دوايكى تو خورم فانت طالق فوهبت من آخر فاكل الحالف يحنث وقال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما ياتي ينبغي ان لا يحنث صورتها في الفتاوى حلف لا ياكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ثم وهبه الابن الحالف فاشترى شيئا فاكله لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان اكلت اليوم الا رغيفا او ان تغديت برغيف فعبدي حر فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا او فاكهة حنث وفي فتاوى قاضي خان حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع النخل او الزيت او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثناء يقتضي المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشياء لا تجانس الرغيف في المعنى المطلوب وهو الاكل وهذا خلاف الاول ولو قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف فعبدي حر فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل هذه الخابية التي فيها الزيت فاكل بعضها حنث ولو كان مكان الاكل يبيع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا ياكل هذه البيضة لا يحنث حتى ياكل كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا ياكل هذا الشيء كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال ابو بكر الاسكاف ان كان شيئا يمكنه ان ياكله كله في عمره لا يحنث ياكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل بعض ما لا يمكن ان ياكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رح كل شيء ياكله الرجل في مجلس واحد او يشربه في شربة واحدة فالحالف على جميعه لا يحنث لاكل بعضه لكن في الفتاوى للقاضي حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل وبقي منه شيء يسير يحنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق في القضاء فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيئا قليلا جدا بحيث لا يقال الا ان فلانا اكل جميع الرغيف لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكره محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف لا يحنث باكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة منه قال في فتاوى قاضي خان قال مشايخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف رح يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم او كلما شربت الماء فلله علي ان اتصدق بدرهم فاكل فعليه في كل لقمة من اللحم

لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي النسبة تحت الجد

وفي كل نفس من الماء درهم حلف لا يكلم فلانا وفلانا لا يحنث حتى يكلمهما الا ان ينوي الحنث باحدهما فيحنث بواحد منهما اما لو قال لا اكلمهما وقال بالفارسية باين دو كس سخن نگويم ونوى واحدا لا يصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي ان يصح لان المثنى يذكر ويراد الواحد فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى فهو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا او فلانا حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفي مجموع النوازل لا اكلم فلانا يوما او يومين وثلاثة فهذا على ستة ايام ولو قال لا اكلمه لا يوما ولا يومين ولا ثلاثة فعلى ثلاثة ايام حلف لا يشرب من دار فلان فاكل منها شيئا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع الماكولات وقال غيره لا يحنث في يمينه الا ان ينوي جميع الماكولات والمشروبات اما لو قال بالفارسية فلا تنكث في تناول الماكول والمشروب حلف لا يغتسل من امرأته عن الجنابة فجامعها ثم جامع اجزى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت على الجماع كناية ولو نوى حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل عنها وعن غيرها يحنث كما لو حلف لا يتوضأ من الرعاف فتوضأ من الرعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل تكته على امرأته ان اراد لا يجامع صح وهو ماول وان لم يرده ان فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث لان فتح سراويله عليها ان يفتح لاجل جماعها وان فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل تكته في الغربة فجامع من غير حل التكة ان نوى غير حلها لا يحنث وصدق قضاء وان حلف لم ينو يحنث ونحو هذا قوله ان اغتسلت من الحرام فعاتق اجنبية فازال قالوا يرجى ان لا يكون حانثا وتكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغتسل من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار ارجو ان لا يحنث قال الفقيه ابو الليث لان قوله كناية عن الجماع واذا كانت مكرهة عليه لا يحنث فلو قال لها عند ارادة الجماع لم تكنسي او لم تدخلي معي في البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفي الجامع الكبير حلف لا يجامع امرأته فجامعها فيما دون الفرج لا يحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بهما ولو قال لامرأته ان فعلت حراما في هذه السنة فانت طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بمعاينتها بتداخل الفرجين وتعرف انها ليست مملوكة له ولا زوجة لو شهد عندها اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو اقر لها كفى مرة لا يسعها المقام معه بان جحد عند الحاكم انه فعل وليس لامرأته بينة حلفته عند الحاكم فان حلفت وسعها المقام معه قلت فهذه المسئلة تفيد مسئلة ما اذا علمت انه طلقها ثلاثا يقينا ثم انكر في انه لا يكنه ابدا واذا لم يستطع منعه عنها لها ان تتمه ولو قال بالفارسية اگر تو با كسى حرام كنى فانت طالق فابانها فجامعها في العدة طلقت عندهما لانها يعتبر ان عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث فلا تطلق وعليه الفتوى ذكره في الخلاصة وغيرها ولو قال لآخر فعلت فان لم افعل قال ابو حنيفة ان لم يفعل على فور فعله حنث حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث لان معرفة البالغ كذلك ويحنث في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فاخرجه الى جار له ولم يسم له فرآه الجار ثم حلف انه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف انه لا يعرفها لا يحنث وكذا لو حلف انه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجه دون اسمه لا يحنث الا ان يعني به معرفة وجهه فيحنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله ثانيا لا يحنث حلف لا اترك فلانا يفعل كذا كلما مر او لا من هنا

كتاب الحدود

ويدخل بسر بقوله له لا تفعل لا تخرج لا تمر الطاعة او عصاه والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الحدود

لما اشتمل الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة اولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم اوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن يكون الترتيب ح الصلوة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يجب بالاخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب الاستعمال الشارع لها كذلك لكنه قال نبي الاسلام على خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود والمهر من ان تذكر بلسان تكتسب ببيان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية واماتها معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلتزم بيون الولد مع ما فيه من تهمة الناس البرآء وغيرهم ولذا ندب عموم الناس الى حضوره ورجمه وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض واخذ اموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم يبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان ابيح الشرب حين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التي هي بالغة منها حقوق الله على الخصوص فان حقوقه على الخصوص ابدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المص والمقصود من شرعية الانزجار عما يتضرر به العباد وانما قال المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر لانه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المص الى قوله للانزجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية الى آخره اي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد انه مقصود ايضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا اصليا بل يتبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم قبل سببه اصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة واما ذلك فقول طائفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيئا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن اصاب منها شيئا فستره الله فهو الى الله ان شاء عفى عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى في قطاع الطريق ذلك اي التقتيل والصلب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر ان جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من تاب فانها تسقط عنه الاخروية بالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب ان يحمل الحديث على ما اذا تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه او رجمه يكون معه توبة منه لذوقه بسبب فعله فتتقيد به جمعا بين الادلة وتقييد الظني عند معارضة القطعي له متعين بخلاف العكس وانما اراد المص انه لم يشرع للطهرة فاراه بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه من الذنب بالحد يعني ان عقوبة الذنب بالحد لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد لم يتحقق في حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من اهلها واما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذي حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعي في ذلك اذ لا سمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض ان الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا ان يدل دليل سمعي على ذلك هذا واما الاستدلال على عدم كون الحد

قال الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب في الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم
التقدير والمقصود الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر **قال** الزنا يثبت بالبينة
والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق
فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر

مستقطا بانه يقام عليه وهو كاره فليس لشيء يجوز التكفيه بما يصيب الانسان من المكاره والله اعلم ثم تحقق الغبارة ما قال
بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه
قوله الحد لغة المنع وعليه قول نابغة ذبيان: الا سليمان اذ قال الاله له: قم في البرية فاحددها عن الفيد وهو الخطار في القول
والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شيء فهو حاد له وحداد اذا ضبع للمبالغة
ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيد
وهو قوله يقول لي الحداد وهو يقودني: الى السجن لا تجزع فما بك من بأس فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان
لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى فقنا ولما نفضح
ولكنا الى حانة عند حداد وهو سمي بالاصطلاح المعرف للماهية حد لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه
وفي الشرع قال المص هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد لا التعذير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر نوع منه و
هو التعذير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من جنس ما عرف انه زاجر غيره على ما سيأتي ان شاء الله تعالى في هذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يوجد
القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو المقدرة العقوبة شرعا غير ان حد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو والاقالة وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت
سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب اذ انكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على اسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال اتشفع في
حد من حدود الله فاما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع الى الحاكم لا مطلقا وممن قال به الزبير
بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت والوجوب لا يثبت بمجرد الفعل
بل الامام عند الثبوت عنده **قوله** الزنا يثبت بالبينة والاقرار ابتداء بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعية عن كتاب الله تعالى
بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصيحة لغة اهل الحجاز
التي جاء بها القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ومد في لغة نجد وعليه قال الفرزدق: ايا ظبية الوعساء بين جلاجل: وبين النقا آأنت ام ام سالم
الخرطوم يصيح سكرا بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من اسماء الخمر قال فالمراد ثبوته
عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المص تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد
وهناك يتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال ابو ثور ونقل
قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا
نعم لكن الشرع اهدر اعتباره بقوله تعالى فاذا لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع
الصحابة وقول المص لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانها تثبت بها
غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لا تعذر القطع الكتفي بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار لان الاقرار بسبب الحد
يستلزم مضرة في البدن ومعرة في العرض وتوجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق

قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل وامرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام للذي قذف امرأته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر وهو مندوب اليه ولاشاعة فحشه

دفعا لضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يثبت وقصدا الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته في اسباب سخط الله ليتال درجة اهل العزم **قوله** فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امرأة على رجل او امرأة بالزنا ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج يدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها اولاد صغار وانما كانت اربعا لقوله تع فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تع ثم لم يأتوا باربعة شهداء واما الحديث الذي ذكره المص وهو قوله للذي قذف امرأته بالزنا يعني هلال بن امية ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكره والذي في البخاري بانهم قال البينة والا فحد في ظهرك نعم اخرجه ابو يعلى في مسنده ثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي ثنا خالد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن انس بن مالك قال لاول لعان كان في الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن امية بامرأته فرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عم اربعة شهود والا فحد في ظهرك فالمسئلة وهي اشتراط الاربع قطعية مجمع عليها ثم ذكر ان حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه فاقتصر عليه لنفي قول من قال ان حكمته ان شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وعلى كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة اما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على اربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فلا يتحقق بذلك الاندراء واما انه مندوب اليه فلما اخرج البخاري عن ابي هريرة عنه عم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه واخرج ابو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال من راى عورة فسترها كمن احيى موءودة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغي ان يكون الشهادة به خلاف الاول التي مرجعها الى كراهة التنزيه لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المقيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشدة في الزنا مثلا والشرب وعدم المبالات به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب ح بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد وبخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عم لهزال في ماعز لو كنت ستره بثوبك الحديث سيأتي كان في مثل ما ذكرنا والله سبحانه اعلم

واذا شهدوا بينا لهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير الفعل في الفرج حتى اذا زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان اذ كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطي جارية الابن فيستفسر في ذلك احتياطا للحد

وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضي واداء الشهادة تكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها واما ان المختار في الحكم ما ذكره المص فلان شهادة الاثنين كما تكون معتبرة على فعل واحد تكون معتبرة على افعال كثيرة كما لو شهدوا ان هؤلاء الجماعة قتلوا قتلانا ونحوه فالمعول عليه ذكره المص قوله واذا شهدوا بالزنا سئلهم الحاكم عن خمسة اشياء عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى ثم استدل المص على وجوب هذه الاشياء بانه صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا في ذلك وهذا الوجه يعم الخمسة والسمعي يقتصر على اثنين منها فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب ان علة استفساره بعينها ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم اما انه استفسره عن الكيفية ففيما اخرج ابو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن ابي هريرة قال جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امرأة حراما اربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل في الخامسة فقال انكتها قال نعم حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم قال فهل تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما مثل ما يأتي الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان تطهرني فامر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من اصحابه يقول احدهما لصاحبه انظر الى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال اين فلان بن فلان فقالا نحن ذان يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض اخيكما آنفا اشد من اكل منه والذي نفسي بيده انه الآن لفي انهار الجنة ينغمس فيها واما استفساره عن المزنية فقضية ابو داود وعن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجري فاصاب جارية من الحي فقال له ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله ان يستغفر لك فاتاه فقال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها اربع مرات فقال عرم انك قد قلتها اربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة جزع فلقيه عبد الله بن انيس وقد عجز اصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هل تركتموه لعله ان يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه فقال فيه فامر به ان يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب برض بلحي بعير فاصاب رأسه فقتله واما ان في الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فما قال لانه عساه غير الفعل في الفرج حتى اذا زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان اذ كان يظن ان كل وطء محرم زنى يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال

بوظيف

اذا اجابوا بذلك وقالوا رأيناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية
حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتياطا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود
ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية تبيانه في الشهادات ان شاء الله تعالى

يسأله عن الزنا ما هو ولانه يحتمل كونه مكرها ويرى ان الاكراه عن الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه لما روي عن ابي حنيفة
فيشبهه به فلهذا يسأله عن كيفيته وفي التحقيق هي حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود بزناه في دار الحرب
وليس فيه حد عندنا فلهذا يسألهم اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم فلا حد فيه اذ قد ثبت بالبينة او في زمن
صباه فلهذا يسألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه
او كانت جارية او زوجة ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهولاء ان ينظروا في بيتي وكانت
في بيت احدهم كوة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما اتيت الا امرأتي
ثم ان الله تعالى درأ عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة وكان مثل النصف من العبادة فحد عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه
الزنا بل قال رأيت قدمين مخضوبتين وانفاسا عالية ولحافا يرتفع ويتخفض وهو لا يوجب الحد واخرج عبد الرزاق في
تفسيره بسنده عن عمر رضه ثم سألهم ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته
لا تقبل حتى مات وعاد مثل النصف من العبادة انتهى فلهذا يسألهم عن المزني بزناه من هي وقياسه في الشهادة على زنا
امرأة ان يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه كان صبيا او مجنونا بان كنت
احدهما فانه لا يجب عليهما في ذلك حد على قول الامام ابي حنيفة رح ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم انهما زنيا لا يحد المشهود عليه
ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي كون ما ذكره زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف
ما لو وصفوه لغير صفة فانهم يحدون فصار كما لو شهد اربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم باقون على
شهادتهم غير انهم لا يقبلون وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد
ثلاثة وابى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن ان يكون قذفا فاذا لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة
قذفا فيحدون ولو شهدوا فسألهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد وما وقع في اصل المبسوط من ان الرابع قال شهدنا
زاني فسأل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قال للقاضي في مجلس من غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة **قوله** واذا جاءوا
ذلك وقالوا رأيناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة وهي بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية
يبعث ورقة فيها اسماؤهم واسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بان يجمع بين العدل والشاهد
فيقول هذا هو الذي عدلته وهذا ما وعد المصنف بيانه في الشهادات حكم بشهادته وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط آخر وهو ان يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل
في اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها ابو حنيفة في الاموال احتيالا للدرء
ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما امكن استدل عليه بما رواه ابو يعلى في مسنده من حديث ابي هريرة عنه عم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي
من حديث عائشة عنه عم قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان لها مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة قال
الترمذي لا يعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد ويزيد ضعيف واسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث

قال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى **قال** والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات

ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبي به قال البيهقي والموقوف اقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد مجتمع عليه وهو اقوى وكان ذكر هذه ذكر لمستند الاجماع واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود ولا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو اقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا في اقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت في تعليل الشهود اهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره **قوله** قال في الاصل اي قال اذا وصف الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرىء بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر منه في اخذ الكفيل اجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان اقصى العقوبات هناك بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان كان بعد الثبوت عقوبته اغلظ وهذا هو الفرق الذي وعده المص بقوله وسيأتيك الفرق واما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معاوية بن حيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا من تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال اقبل رجلان من بني عقار حتى نزلا بضحنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر فاصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا العقاريين فاتوا بهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس احد العقاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يكن الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد العقاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عزم الله لك وقتلك على سبيل الله قال فقتل يوم اليمامة **قوله** والاقرار ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها اقوى حتى لا يندفع للشبهة بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو اقر الاخرس بالزنا بكتابة او اشارة لا يحد للشبهة لعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال ان يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين ولو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء بطل الحد وذلك لان اخبارهما بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود وبالشبهة يندرىء الحد ولو اقر انه زنى بخرساء او اقرت باخرس لا حد على واحد منهما واختلف الحكم في اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن ابي سليمان ومالك والشافعي وابو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل اربع مرات ولان الغامدية لم تقر اربعا وانما ردها عمر لانه شك في امره فقال ايك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا

في اربع مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي واشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر اوهو
غير موجب للحد واشتراط الاربع عند ابي حنيفة وعند الشافعي رح يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق
ولنا ان الاصل تكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز رض
فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان شهد الاقرار هذا اربع مرات في اربع مجالس فلو ظهر ورده لما اخرها لثبوت الوجوب

في اشتراط كونها في اربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا وفقهاء ابن ابي ليلى واحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع
في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن ابي هريرة رض قال اتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله
عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال
يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى بين ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابك جنون فقال لا فقال هل احصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم
اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر في انه كان في مجلس واحد قلنا
نعم هو ظاهر فيه لكن الظهر منه في افادة انها في مجالس ما في صحيح مسلم عن بريدة ان ماعزا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم اتاه الثانية
من الغد فرده ثم ارسل الى قومه هل تعلمون بعقله باسا فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم
ايضا فسألهم فاخبروه انه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفيرة فرجمه واخرج احمد واسحاق بن راهويه
في مسنديهما وابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر بن عامر عن عبد الرحمن بن ابزى عن ابي بكر
قال لقي ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وانا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية
فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك الله قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل
عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر به فرجم فصرخ بتعداد المجيء وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر
وروى ابن حبان في صحيحه من حديث ابي هريرة رض قال جاء ماعز بن مالك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان العبد
زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد فاخرج ثم اتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه
الثالثة فقال له مثل ذلك فامر به فطرد واخرج ثم اتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال ادخلت واخرجت فقال نعم فامر
ان يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعدد المجالس فوجب ان يحمل الحديث الاول عليها فان قوله فتنحى تلقاء وجهه متعدد
مع قوله الاول اقر واحد لانه في مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك اربع مرات اي في اربع مجالس فانه لا ينافي ذلك وقد دلت
الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه واما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فاما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة
فممنوع بل اقرت اربعا يدل عليه ما عند ابي داود والنسائي قال كان اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
يتحدثون ان الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمها بعد الرابعة فهذا نص في اقرارها اربعا غاية ما في الباب
انه لم يبق تفاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار في مسنده عن زكريا بن تسليم ثنا شيخ
من قريش عن عبد الرحمن بن ابي بكر عن ابيه فذكره وفيه انها اقرت اربع مرات وبوبه ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث
غير ان فيه مجهولا لا تخرج حالته بما يشهد له من حديث ابي داود والنسائي واما كون ردماعز اربعا كان لاستراحته في عقله
فان مسلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع والثلاثة موضوعة في الشرع لا يلاء الاعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لان عندها لا يعذر المغبون

لان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار اعتبارا لاحد الزناد تحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجلس لما مر دينا ولان الاتحاد المجلس اثر في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار ولا اثر لاثره بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي فالاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر ويذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر وهو الروي عن ابي حنيفة رح

فالمتد يستحب ان يؤخر ثلثة ليراجع نفسه في شبهة فلو لم تكن الاربعة عددا معتبرا في اعتبار اقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة وحمل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث هزال انه قد قلتها اربعا فبمن وهو حديث اخرجه ابو داود والنسائي والامام احمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ايت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه احمد قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن ابيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح واسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وابو نعيم ذكره ايضا وهو مختلف في صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها في لفظ لابي داود عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك اربع مرات وفي لفظ لابن ابي شيبة اليس انك قلتها اربع مرات وتقدم في مسند احمد عن ابي بكر رضا انه قال بحضرته عزم ان اعترفت الرابعة رجمك الا انى في اسناده جابر الجعفي وكونه روى في الصحيح انه رده مرتين او ثلاثا فمن اختصار الراوي والا فلا شك انه اقر اربعا وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يونس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فكما اوجب سبحانه في الشهادة على الزنا اربعا على خلاف المعتاد في غيره ولذا يعتبر في اقراره انه لا بكل اقرار بمنزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله وحديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعروف في الزنا بناء على انه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة ونقل هذا من حديث ابي هريرة رض في استفسار ماعز انه رجمه بعد الخامسة وتاويله انه عد احاد الاقارير فان منها اقرارين في مجلس واحد كما قدمناه في الجمع فكانت خمسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي ان يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب لو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده ولانه يطلقه مختارا في اطلاقه ليذهب فقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت ان الاقامة مخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه ان يفصله والا فات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب جوازه رده واخراجه لينهب فيرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حاله وهو مصر على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيئا على الامام فيجلس في بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد واما ما روى ان الغامدية قالت له عليه الصلوة والسلام اتريد ان تردني كما رددت ماعزا والله اني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته اتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد اكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم امر بها فحفر لها الى صدرها وامر الناس ان يرجموها فرجموها فتقدم خالد بن الوليد بحجر فرمى راسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا انه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر انه ردها وغياه الى ولادتها ثم ردها الى فطامها لاتفاق الحال بان يثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت اليه يصدر منها ما هو اقرار

لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة **قال** فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنا في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله وقال الشافعي رحمه الله وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع

اذ لا بد ان يقع في مجلسها شيء مما هي بصدده هذا لو لم يكن ما تقدم مما يفيد ان اقرارها كان اربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الرد اعتبر به الحكم بتعدد الاقارير بتعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجلس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط واما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد متهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لا شك في الصدق واصل التعدد انما لزم حتى لزم الاتيان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزوالها بالآخر وشرط في النساء لذلك ايضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى لتذكرها **قوله** لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة لا يعرف بهذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرناه من حديث بن حبان انه طرده واخرج فارجع اليه **قوله** واذا بين ذلك اي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد يبين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا اعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه اقرار بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره لانه لا ملك له في المزنية لانه لو كان لعرفها وان الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا اقر انه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف حده ثم ارسل الى المرأة فقال ان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنه وعنها لا يجوز التأخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال ان ترجع الشهود ولان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابي حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر فلان تحد هي عندهما لا عنده **قوله** وقال الشافعي يقيم عليه الحد وهو قول ابن ابي ليلى والمسطور في كتبهم لو رجع قبل الحد او بعد ما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه واتيانه فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره فقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد ثبوت كما لو فرض انه شهدوا عليه وهو ساكت فلما سألهم الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل صحته شرعا حكما فيجب كون المحل الذي هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا في الشهادة نعم في القصاص وحد القذف يعني لو اقر بهما ثم رجع لا يقبل وكذا لا يقبل في الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب وليس احد يكذبه فيه فيتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه ارجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فينعدم اثره

ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها او قبلتها وقال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى **فصل** في كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد الاحصان وعلى هذا اجماع الصحابة

في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله عم لماعز لعلك لمست روي في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره دارئا لذكره كائنا ما كان كما قال ايضا عم للسارق الذي جيء به اليه اسرقت وما اخاله سرق والله اعلم بالصواب **فصل** في كيفية اقامة الحد بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا هذا من الاحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال احصن يحصن فهو محصن في الفاظ معدودة هي اشهب فهو مشهب اذا طال وامعن في الشيء ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاشهاب وقيل لابن عمر رض ادع الله لنا فقال اكره ان اكون من المشهبين بفتح الهاء والفتح بالفاء افتقر فهو بالفتح الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها ايضا اذا افلس وعليه دين **قوله** رجمه بالحجارة حتى يموت عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي رض ووجود حاتم والاحاد في تفاصيل صورة وخصوصياته اما اصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رض وكاشف بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري وروى ابن داود انه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه آية الرجم فقرأناها وعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا ان يقال ان عمر رض زاد في كتاب الله لكتبتها في حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة رض وابي هريرة وابن مسعود رض ففي الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذي عن عثمان رض انه اشرف عليهم يوم الدار وقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وابو داود والدارمي اخرجه البخاري عن فعله عم من قول ابي قتادة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلي رض ولا يخفى ان قول المخرج حسن او صحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول والحاصل ان انكاره انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنا او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاحتياط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى

قال ويخرجه الى ارض قضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روى عن علي رض ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجم فكان في بدايته احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد ربما يتلفه فيهلك والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف قال فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط

علماء المسلمين والرواة اوقعهم في جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الزعم باسداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا ايضا فعله هو والمسلمون **قوله** يخرجه الى ارض قضاء لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داود فانطلقنا الى بقيع الغرقد كان المصلى كان بيانا لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان واما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسنات متظافرة على انه انما صار اليها هاربا لانه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الحجارة يوجب ضررا من بعض الناس لبعض المغيث **قوله** ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه وفي الشاهد من امتناع بعض الناس في ذبح الحيوان الحلال الاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي ليس بشرط اعتبارا بالجلد يعني فانه اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود واجاب بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة تهلكا وهو غير مستحق اذا بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراطهم ابتداءهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع لا لحاقه واما اثبات المذهب فيقول علي رض بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف رح لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسياتي انما يصح بناء على ان الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمل احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس جرأة الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا يقطع بوجوب المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع ثبوت لان الثابت شبهة في الشهادة ولا شبهة الشبهة فيه لو حين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فانه به يظهر ان تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذا لم يكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا واما ثبوت ذلك عن علي رض فما خرج ابن ابي شيبة حدثنا عبيد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا رض كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا امر الشهود ان يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس قال وحدثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد بن عبد الرحمن بن عبد الله

وان كان مقر ابتدأ الامام ثم الناس كذا روى عن علي رض ورمى رسول الله عليه السلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

بن مسعود رض عن علي رض قال ايها الناس ان الزنا زنا ان زنا السر وزنا العلانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمي قال في يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب عضدها فاستدارت ورمى الناس وروى الامام احمد في مسنده عن الشعبي قال كان الشراحة زوج غائب بالشام فانها حملت فجاء بها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان اول من يرمي الشاهد ليشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من يرميها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي عن الاصلع عن الشعبي عن علي رض وفيه انه قال لها لعله وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس وضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة في الرجبة واحاط الناس بها الحديث وفيه ايضا انه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف واورد ان اثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو خبر الواحد واصلاح الايراد انه تقييد القطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب ان الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرؤه بالشبهة فاذا دل ظني على ان البداءة شرط لزم ان عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعي للشبهة وموت الشهود مسقط او احدهم وكذا اذا غابوا او غاب احدهم في ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن ابي يوسف ان بداءتهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا او ماتوا او غابوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن اهلية الشهادة كما لو ارتد احدهم او عمي او خرس او فسق او قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء او بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود هذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة ولو كان بعضهم مقطوع اليدين او مريضا لا يستطيع الرمي وحضر يرمي القاضي ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت لاقامته وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وايضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا ان شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم يستحق البداءة لهم واما هنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت او الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد شرطية بكون المشهود قادرين على الرجم ولا شك ان المعنى المسقط يجمعها وما يبطل الشهادة ويسقط الحد ان يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه ابو يوسف لان سقوطه في الوجه الاول كان لا لشرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم ان الامضاء من القضاء في الحدود فكان كالاول وخالفه محمد رح **قوله** وان كان مقر ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض وهو ما ذكرناه آنفا وقوله ورمى عزم الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه ابو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن ابي بكرة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى الثندوة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه فلما طفيت اخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وانت تعلم انه لو تم امر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رض واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو امرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عزم لم يحضر بل رجمه الناس عن امره عزم ويمكن الجواب بان حقيقته ما دل عليه

ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه السلام لماعز رضي الله عنه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به بامر الامام بضربه

قوله على انه يجب على الامام ان يلزمهم بالابتداء احتياطا لثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان لم يبتدئ هو في الاقرار لينكشف للناس انه لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حتى ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصير في القضاء وهي دارية فكان البداية في معنى الشرط انه لزم عن عدمه العدم لانه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عدم منتفت فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبتدأ واعلم ان مقتضى ما ذكر انه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب ان يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد الماخذ فيها قالوا ويستحب الكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز اصنعوا به الخ وروى ابن ابي شيبة عن ابي معاوية عن ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن ابن ابي بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلوة عليه واما صلوته عم على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه علي الحديث بطوله الى ان قال ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله وفي صحيح البخاري من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم ابو داود وصححوه واما ما رواه ابو داود من حديث ابي برزة الاسلمي انه عم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلوة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلوته عليه لكن المثبت اولى من النافي لكن على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله يساوي الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك ان الصحابي اذا شهد الصلوة بتمامها يعلم عدم صلوته عليه عم فيطلب الترجيح بغير ذلك ومن هذا ذهب مالك الى انه يصلي عليه غير الامام والحاصل ان الصلوة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام اثر شهادة يوم القيمة واما انه عم صلى على ماعز ففي خبر المعارض والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب انساب العرب غامد لبطن من خزاعة وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين اتت امرأة من جهينة قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تع الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ويكفينا في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو اولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رض وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين

بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رض لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لا فضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رض كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فليتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف **قال** الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس كذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك من وجه فلا يشرع حدا

من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك الى عمر رض ظني ولهذا والله اعلم قال علي رض فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسب الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك انه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد في حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عم الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفي رواية ابي داود ورمي بالحجارة وسيأتي الكلام عليه **قوله** بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح المطرزي ارادة الاول هنا لما ذكر الطحاوي ان عليا رض جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين جلدة كانت الضربة ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له لا عقدة عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا رض لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل احد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر وروى ابن ابي شيبة ثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن انس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر بن الخطاب رض والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفي طرفه يبس لانه يجرح او يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن ابي كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اصبت حدا فاقمه علي فدعا عم بسوط فاتي بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتي بسوط بين سوطين فقال هذا فاضربه فجلد فرواه ابن ابي شيبة عن زيد بن اسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكره مالك في الموطا والحاصل ان يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي به يصير ضربتين تعميما للمشترك في النفي لانه عين العدد ومائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان اولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق راسه فيصير متوسطا **قوله** بين الموجع وغير المؤلم فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه اراد بالموجع المبرح والا لم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله **قوله** ينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجريد وقول المصنف لان عليا كان يامر بالتجريد زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يامر بالتجريد في الحدود فابعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روي عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتى برجل في حد فضربه وعليه كساء قسطاني قاعدا واسند الى المغيرة بن شعبة في الحد وذا انتزع عنه ثيابه قال لا الا ان يكون فردا او محشوا واسند عن ابن مسعود لا يحل في هذه الامة تجريد ولا مد **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه لان جمعه في عضو قد يفسده واستثنى الراس والوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه مخرجون مرفوعا بل موقوفا عن علي رض انه اتى برجل سكران او في حد فقال اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر ثبت عن عمر بن الخطاب رض انه قال وقد اتي برجل اضرب واعط كل عضو حقه قال روينا هذا القول عن علي وابن مسعود

وقال ابو يوسف رح يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رض اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه مرد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رض يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمد لا بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق

والنخعي رح انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المص في الصحيحين من حديث ابي هريرة رض عنه عرم قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه او هو في مقابلة حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتلا او غير قتل وفي القتل صريح ما تقدم من رواية ابي داود من حديث ابي هريرة انه عم رجم امرأة فحفر لها الى التندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وح فلا شك ان قول عمر وعلي رض اعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مقتصر عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير وانما كان ذلك معلوما فلم يحتج الى ذكره على انه ذكر في رواية غيره عن علي كما حكيناه آنفا بما سمعت فعلم ان ما اورده المص دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو انه مجمع حواس الباطنة فربما يفسد فهو ابلاك معنى وهذا من المص ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا ان يا ول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية البينة والا فحد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما ذكر رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة من عمر وعلي وابن مسعود رض وما استنبطناه من قوله عم اذا ضرب احدكم فليتق الوجه وانه في نحو الحد مما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رح في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قال ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسميته ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد **قوله** وقال ابو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه بعد ان كان اولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث ابي بكر رض الذي ذكره ورواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان ابا بكر رض اتي برجل انتفى من ابيه فقال اضربوا الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت فقال انا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي رأسه فقال يا امير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت اجد في رأسي وهذا يفيد في جواب المص بان ذلك كان مستحق القتل ولو قلنا ان دلالة ابي بكر رض كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب ابي بكر رض للذي انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن ابي يوسف رح ايضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عدوا ليس الا يقبل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي ان لا يضرب البطن **قوله** ويضرب في الحدود كلها وكذا التعزير قائما غير ممدود لقول علي رض الخ روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رض قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحد ولان مبنى الحد في التشهير زجرا للعامة عن مثله والقيام ابلغ فيه والمرأة مبنى امرها

وان كان عبدا جلده خمسين جلدة لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فيترعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لنا **قال** وان حفر لها في الرجم جاز لانه عليه السلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رض لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلام لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا

على الستر فيكتفي بتشهير الحد فقط بلا زيادة وقوله غير ممدود قيل الممدود يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل ان يمده بالسوط بان يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد وفيه زيادة الم وقد يفضي الى الجرح وكل ذلك لا يفعل فلفظ ممدود يتعمم في جميع معانيه لانه في النفي مجاز تعميمه فان امتنع الرجل فلم يقف ويصير لا باس بربطه على اسطوانة او يمسك **قوله** وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تع فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وهو ايضا مما يعرف من اول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فرجع به الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط في الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب المذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان في تزوج الاماء بقوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن اقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزاني في الآية وهذا الشرط اعني الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة احصنوا او لم يحصنوا واسند ابو بكر الرازي الى ابي هريرة وزيد بن خالد الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون ان لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وابو داود والنسائي عن علي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم من احصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس رض ان لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا انه غير صحيح وقرئ فاذا احصن بالبناء للفاعل وتاول على معنى اسلمن وحين الزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا احصن لزم ان لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لان الجناية عند توفر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ الا ترى الى قوله سبحانه يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين **قوله** والرجل والمرأة في ذلك سواء لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم اولا فعلى كل الجلد او احدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة او الاقرار يكون على ما شرط وقوله غير ان المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا الحشو والفرو ولان في تجريدها كشف العورة لان بدنها كله عورة الا ما عرف وجهه ظاهر وتضرب المرأة جالسة لما روينا يعني من كلام علي رض ولانه استر لها **قوله** فان حفر لها في الرجم جاز لهذا ولذلك حفر عم للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وفتحها مع الواو مفتوحة ثدي الرجل ولحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين وما قيل الثدي للمرأة والثندوة للرجل غير صحيح بحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه وكذا حفر علي رض لشراحة الهمدانية بسكون الميم وهي قبيلة كانت عيبة علي رض وقد مدحهم وقال في مدحه لهم فلو كنت بوابا على باب جنة لقلت لهمدان ادخلوها بسلام وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية احمد عن الشعبي انه حفر لها الى السرة ثم قال المص ان ترك الحفر لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك يعني لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عم حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجازا عن امره الا اذا كانت مناقضة عرفية فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه فيستطرد

ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فساد كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصود منها اندفاع العام عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يفرد الصبي وحق الشرع موضوع عنه

فتزيب وهو هنا كذلك **قوله** ولا يحفر للرجل لانه عرم لم يحفر لماعز وتقدم من رواية مسلم وتقدم من رواية ايضا من حديث ابي بريدة الاسلمي انه حفر له وهو منكر لمخالفة الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة **قوله** ولان مبنى الحد على التشهير في الرجال لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبني على التشهير غير انه يزاد في شهادته في حق الرجل لانه لا يضره ذلك ويكتفى في المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجتمع الامام والناس خصوصا في الرجم واما في الجلد فقد قال تع وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين اي الزانية والزاني فاستحب ان يامر الامام طائفة اي جماعة ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في هذه الطائفة فعن ابن عباس رض واحد وبه قال احمد وقال عطا واسحاق اثنان وقال الزهري ثلثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك اربعة واما قوله والربط والامساك غير مشروع فلما تقدم من قول ابن مسعود رض ليس في هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب للقيام فلما لم يمسك ولم يربط الا ان لا يصبر واحياهم فمن يمسك فيربط فاذا هرب في الرجم وان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوعا ظاهرا ورجوعه يعمل في اقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي صفة الرجم ان يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلوة كلما رجمه صف تنحوا ولم يذكره في الاصل بل في حديث علي رض في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقي عن الاصلح عن الشعبي وفيه احاط الناس بها واخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلوة صفا فلما صف صف الى ان قال ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روي عن مالك انه لا باس بالتاديب في المسجد خمسة اسواط قال ابو يوسف اقام ابن ابي ليلى الحد في المسجد فخطأه ابو حنيفة وفي الحديث انه عرم قال جنبوا صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وصفوا على ابوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من الحدود فيجب تنزيه المسجد عن ذلك **قوله** ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي ومالك واحمد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة المزوجة واستثنى الشافعي من المولى ان يكون ذميا او مكاتبا او امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة او قطع الطريق او قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص يعم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح ان القتل والقطع الى الامام لهم ما في الصحيحين من حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا ادري البعد الثالثة او الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عرم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم ولانه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحدود ولان له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من التصرف فملكه الاقامة عليه اولى من الامام ولنا ما روى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود رض وابن عباس رض وابن الزبير رض موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد خالص حق الله تع فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائب مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على انه استناب في حقه المتوجه منه على الارقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم انه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو امر به غيره كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكره الامام ليامر باقامته لكن ما لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من

قال واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط الاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط التكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاصابة شبيهة بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ

قول الماتن اقام فلان الحد على فلان او جلد فلان فلانا والمتبادر انه باشره او امر به على ان المتبادر احد دائر فيهما لا في ثلاثة بها ذان مع رفعه الى الحاكم ليحده نعم من استقر اعتقاده على ان اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سياتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى ليحصنكم من باسكم فاطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اي عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعد ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرطا الاهلية للعقوبة والى ذلك اشار المص بقوله فالعقل والبلوغ شرط الاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرطا الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول انتهى واختلف في اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل ان يدخل بها بعد الاسلام اي يطأها زنا لا يرجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا اسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم ان الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي ان تكون بيانية اي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي الماثورة في اجزائه وهو هيئة تكون باجتماعها في اجزاء علة وكل جزء علة واحد شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا وقياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كما ان الحد لا يثبت قياسا فكذا شروطه لانا نقول بل يجب ان يثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما لعدم المعقولية او لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا لايجابه بقي الشان في تحقيقه وقد اثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله بانها من جلائل النعم فان من النعم كون كل من الزوجين مكافيا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال وقد شرع الرجم بالزنا عندنا باستجماعها فيناط به اي باستجماعها وان انيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور اثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم شمولها شبهة في قصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا لكمال اندفاع حاجته الى الوطي عنده فكونه بالغلام الصغير لا تكمل فيه رغبته الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي

والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا ابو يوسف رح في رواية لهما ما روي ان النبي رجم يهوديين
قدمهما قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ بدليل قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن

محل فتقوة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه ومنها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين
في ذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها افحش فناسب كون العقوبة اغلظ فشرعت كذلك وهو الرجم عند استجماعها
فينبغي بداي بالاستجماع لها بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما روي باعتبارهما ونصب الشرع بالراي ممتنع ووجه عدم اعتبارهما في تكميل
العقوبة انهما لا مدخل لهما في تكميل الصارف وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر واورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة
كما يفيده ما ذكر في نفرة المسلم اجيب بان يكونا كافرين فيسلم هي فيطأها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وآبائه وما لم يفرق القاضي بينهما
بآبائه هما زوجان **قوله** والشافعي رح يخالفنا في اشتراط الاسلام اي في الاحصان وكذا ابو يوسف رح في رواية وبه قال احمد قول
مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر ان اليهود جاؤا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فذكروا له ان امرأة منهم ورجلا زنيا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شان الرجم فقالوا
نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فوضع احدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها
وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي
وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا واجاب المص بانه انما رجمهما بحكم التورية فانه سألهم عن ذلك اولا وان ذلك انما كان عند
ما قدم عليه الصلوة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراط
الاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحاق بن راهويه في مسنده اخبرنا عبد العزيز بن محمد ثنا
عبد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم ووقفه مرة من طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه عن اسحاق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب انه
موقوف قال في الغاية ولفظ اسحاق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه مرة اخرجه مخرج الفتوى ولم يرفعه
ولا شك ان مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من انه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع ولعله ذلك
اذا خرج من طريق فيها ضعف لا يضر واما قوله عم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله اعلم به معناه
رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي بكر بن ابي مريم عن علي بن ابي طلحة عن كعب بن مالك انه اراد ان يتزوج يهودية فقال له عم
لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن ابي مريم وعلي بن ابي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن ابي طلحة
عن كعب وهو منقطع وانت تعلم ان الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه اول هذا الشرح
والله اعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل المص بين هذا الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهما معا في
عرض واحد وهو الاحتجاج عن ابي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هذا لما ذكرنا واعلم ان الاسهل مما ادعى ان يقال حين رجمهما
بان كان الرجم ثبتت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله عم ما تجدون في التوراة في شان الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام
لم يكن ثابتا والا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما انزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التورية ليبكتهم بتركهم ما انزل عليهم فحكم

والمعتبر في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها وفي المنكوحة المملوكة جذرا عن رق الولد ولا ابتلاء مع الاختلاف في الدين وابو يوسف ره يخالفنا في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحرة الامة ولا الحرة العبد **قال** ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصى ما زجره لا يحصل بعد هلاكه **قال** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي ره يجمع بينهما حد القوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام

برجمها بشرعه الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به فقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه او تاخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول مقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو ان تقديم هذا الفعل يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في ايجاب الحد والاولى في الحدود ترجيح الدافع عن التعارض ولا يخفى ان كل مرجح فهو محكوم بتاخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين **قوله** والمعتبر في الدخول المحقق للاحصان الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وهو بغيبوبة الحشفة فقط انزل او لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو قول مالك والشافعي ورواية عن احمد ويجمع في رواية اخرى عنه واهل الظاهر كذلك للجمهور انه عم لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه عم انه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا انيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عم خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم او رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال ولان الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار او قصد الانزجار لان القتل اذا كان لا محالة كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التي لها شرع الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان اولا الاذى باللسان على ما امر به تعالى من قوله واللذان ياتيانها منكم فاذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عم خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى ان ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه فان لم نعلم خصوص الناسخ واما جلد علي رض شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها او هو رأي لا يقاوم اجماع الصحابة ولما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا احمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد اقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب اصلا واما تغريب المرأة فمع محرم واجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول وهو امتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله عم خذوا عني الحديث **قوله** لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام اخرجه مسلم وابو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عم خذوا عني الحديث وتقدم لان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساوده اذا ساره ولنا قوله تع الزانية والزاني فاجلدوا شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ الفهم انه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان البعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء الشرط فيفيد ان الواقع هذا فقط

ولان فيه تحكم باب الزنا لقلة المعارف وكنا قوله تعالى فاجلدوا جمل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء اولى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة موجبة لقول علي رض كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزيرا وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رض

فلو ثبت معه شيء آخر كان مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة الممنوعة واما ما يفيده وكلام بعضهم من ان الزنا بخبر الواحد اثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا بطلت اكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا بمجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المأمورية في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبته القرآن ولم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف ممن ان الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وبالمفهوم يفاد المعنى فافاد ان الاطلاق يراد بالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما اثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك ان هذا نسخ وخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب فظن المعترض ان الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييدا للتربص والا لو تربصت ولم تحدد من يربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة لانها اثبت الحديث واجبا لانه قيد قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه ان هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستدلا بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وانت تعلم ان هذا ليس بلازم بل تجوز بان يروى حمل بعضها نسخ وبعضها لا ولو سلك الطريق الاول وادعى انه آحاد لا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به ممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من اخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطئ من ظنه ليصير قطعيا وادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك انه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق اليها فاحرى ان لا ينسخ بما افاده الكتاب من ان جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لان الكتاب ساكت من نفي التعذيب فكيف وليس فيه ما يدل على ان الواجب من التعذيب الطريق الحد فان اقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتعذيب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في ان النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيد وجاز كونه تعذيبا لمصلحة اما ما لك رح فرأى ان الحديث ما دل الا على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك انه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وايضا فان نفس الحديث يجب ان يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على ان النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى الا ترى الى قوله البكر تستأذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعن تستحي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم باودها ولا شك ان هذا المعنى في افضائه الى الفساد ارجح مما ذكره من افضاء قلة المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد احوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود رض في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيه سنة قال وقال علي ابن ابي طالب رض حسبهما من الفتنة ان ينفيا وروى محمد بن الحسن اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال عذب عمر رض ربيعة بن امية بن خلف في الشراب

واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك وهذا لايقام القطع عند شدة الحر والبرد واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة وان كان حدها الجلد لم يجلد حتى تتعالى من نفاسها اي تنقطع ويدبه تخرج عنه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة رحمه الله يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عليه السلام قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الجلد يحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله اعلم

الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا اغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام مصلحة في التغريب تعزيرا له ان يفعله وهو محل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من ابي بكر وعمر وعثمان وفي الترمذي ثنا كريب ويحيى بن اكثم قالا ثنا عبد الله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب الا انه قال حديث غريب بهذا رواه غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ادريس عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر ضرب وغرب الحديث وبهذا روي في رواية ابن ادريس عن عبيد الله بن عمر ومن رواية محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى وقال الدارقطني بعد ان ذكر رواية ابن نمير وابي سعيد الاشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان ابا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه ان النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن رواه النسائي ثنا محمد بن العلاء ثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسال عنه لثقته وشهرته وقال ايضا عندي ان الحديث صحيح ولا يمتنع ان يكون عند ابن ادريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل ان في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين الحفاظ واما عن ابي بكر وعمر فلا اختلاف فيه وقد اخرج ذلك عنهما ايضا في الموطا واما رواية عن عثمان ففي مصنف ابن ابي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار عن مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم ارسل بها الى مولى يقال له المهري الى خيبر نفاها اليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا كما غرب عمر نصر بن حجاج وغيره بسبب انه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة هل من سبيل الى خمر فاشربها ام من سبيل الى نصر بن حجاج الى فتى ماجد الاعراق مقبل سهل المحيا كريم غير بلجاج وذلك لا يوجب نفيا وعلى هذا كثير من مشائخ السلوك المحققين رضي الله عنهم وحشرنا معهم يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد او من هو قريب منه هو الذي ينبغي ان يقع عليه راي القاضي في التغريب لان مثله في ندم وشدة وانما زال زلة لغلبة النفس اما من لم يستحي وله حال عنهم عليه لغلبة النفس فنفيه لاشك انه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه **قوله** واذا زنى المريض وحده الرجم بان كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة اقرب اليه وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ لان جلده في هذه الحالة قد يودي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المريض لا يرجى زواله كالسل او كان ضناجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الايمان انه لابد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لابد ان يكون مبسوطة ولخوف التلف لاقيام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجديد الحد وظاهر لانه قد يمرض اما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد سببا صحيح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تاخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين **قوله** واذا زنت الحامل لا تحد حتى تضع حملها وجلد كيلا يودي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة لانه مسلم لا جريمة منه فلو ولدت او كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد ولو طالت في التاخير وتقول لم اضع بعد او شهد على امرأة بالزنا فقالت انا حبلى ترى النساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل اجلها حولين فان لم تلد رجمها ثم الجبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك ولا شبهة الملك

الى ان تلد وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن ابي حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية انه ردها حتى تستغني فرجعت ثم جاءت وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفي حديث آخر قال اذهبي حتى تطهري ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها ونرضع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقال رجل من الانصار الي رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي انه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا اصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقد يحتمل ان يكون امرأتين ووقع في الحديث الاول نسبتها الى الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة وفيه رجمها بعد ان وضعت

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود وكان الحد هو المقصود الاصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنا فقدمه واعطى احكامه لانها هي المقصود وذلك بثبوت سببه وحاصل احكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثابتا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود اولا فاخر المصنف تعريفه الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزنا في عرف اهل اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيدا وعرفه على هذا التقدير بانه وطي الرجل المرأة في القبل في غير الملك ولا شبهة الملك وهذا لان في اللغة معنى الملك امرا ثابتا قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة وان الناس لا يتركوا سدا في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا من لدن بعث آدم او من قبل بعثه بوحي يخصه او يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية او غيرها مخصوصة بالدين فان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدين والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك في انه تعريف الزنا في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو اعم والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال عم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطي رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على ان فعله زنا فان كان لا يحد به فلولا قول المص الموجب للحد هو الزنا وهو في عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يزد عليه شيء لكنه لما كان ذلك كان ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وح يرد على طرده وطي الصبية التي لا تشتهى ووطي المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطي الرجل فالاولى في تعريفه انه وطي مكلف طائع مشتهاة حالا او ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فخرج زنا الصبي والمجنون والمكره والصبية التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطي العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا فلا يصدق عليه جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو مسمى زناها لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك في انه لا يشتمله الجنس الذي هو وطي المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة فنفساد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان اريد انها لا تسمى زانية حقيقة اصلا وان تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز ولا حاجة الى انه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف وعلى هذا كلام السرخسي والمص وغيرهما في مسئلة ما اذا الكت البالغة

لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية

العاقلة المسلمة مجنونا او صبيا على قول ابي حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سيأتي وبما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطء امر مشترك بينهما واذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هذه واطئة ولذا سماها سبحانه زانية واعجب من هذا الجواب انه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان وطيه ليس يصدق على تمكينها بهو لهو فاذا جعل الجنس وطيا الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئي الخارجي اذا وجد من الرجل في الخارج يستدعي فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضي ان اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناهما فلا بد من زيادة قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال الكلف الطائع قدر حشفة قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهة او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الى آخره تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنا اي انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد في تحقيقه من ذلك وقوله يؤيد الحديث اي يؤيد الامرين معا وذلك انه لما افاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عنه حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة بطريق اولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر انه في الخلافيات للبيهقي عن علي رضي وهو في مسند ابي حنيفة رح عن مقسم عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات واسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم هو النخعي قال عمر بن الخطاب رض لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها بالشبهات واخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رض قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرءه ونقل عن خرم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد بعد ثبوته لا يحل ان يدرء بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها واعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابي شيبة فانها معلولة باسحاق بن ابي فروة فاما التمسك بما في الخبر من قوله عم ومن اجترء على ما يشك فيه من الاثم اوشك ان يواقع ما استبان والمعاصي حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جهل حرمة شيء وحله فالورع ان يمسك عنه ومن جهل وجوب امر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل اوجب الحد لا وجب ان يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا الحكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه ان يعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع وايضا في اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وقد تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع في المسألة فقد علمنا انه عم قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه ان يقول لعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها تركه والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء به اليه اسرقت ما اخاله سرق وللغامدية وذلك وكذا قال علي رض لشراحة على ما اسلفناه لعله وقع عليك وانت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك وانت تكتمينه وتتبع مثله من كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم ان هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار

فدخلها

فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن لتحقق الاشتباه والثانية تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل محض زنا في الاولى وانما يسقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتحقق في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية الموهوبة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود وفي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والمرهونة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والموهوبة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام

ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا به ثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شك فيه لا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه فانما يقع الاختلاف احيانا في بعض هي شبهة صالحة مللدرء اولا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية الشبهة ثلاثة اقسام في المحل والفاعل والجهة اما الشبهة في المحل فوطي زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وامته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطي امته المحرمة عليه برضاع او نسب او صهرية كاخته او بنته منها او امه من الرضاع وموطوءة ابيه او ابنه يجب الحد على الاظهر واما الشبهة في الفاعل فمثل ان يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا انها امرأته فلا حد واذا ادعى انه ظن ذلك صدق بيمينه واما الشبهة في الجهة فقال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء واباح الوطء بها لا حد فيها وان كان الواطي يعتقد التحريم كالوطي في النكاح بلا ولي وبلا شهود واصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة اي شبهة في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك اي الثابت شبهة حكم الشرع يحل المحل قوله فالاولى يتحقق في حق من اشتبه عليه اي من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه انه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة اصلا لفرض ان لا دليل اصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة اصلا والثانية وهي الشبهة الحكمية يتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته لقوله عم انت ومالك لابيك سواء ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة في نفس الامر علمها احد او لم يعلمها قوله والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث يعني قوله ادرؤا الحدود بالشبهات قوله والنسب يثبت في الثانية اي في شبهة المحل اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان ادعاه لان الفعل محض زنا لفرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو امر راجع اليه اي الى الواطي لا الى المحل وكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطي ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلث يثبت النسب منها لانه وطي في شبهة العقد ويكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي ان يكون كالمطلقة ثلثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة عن ثلث او خلع ليس باعتبار وطي في العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا ان نسب ولدها يثبت الى اقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعني لانه اذا كان لاقل من سنتين امكن اعتبار العلوق وقبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامها وانت علمت في باب ثبوت النسب انها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه اما اذا ادعاه فلانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطي في العدة بشبهة والكلام هنا مطلق في عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع حمل احد النصين على ما هو الاولى في النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف باقي محال شبهة الاشتباه كجارية ابيه وامه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ان يطأ جارية ابيه وكذا جده وجدته وان علا او زوجته او المطلقة ثلثا في العدة بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال ففي من الحكمية اذا ام ولد التي اعتقها وهي في عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة في كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن في هذه بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها حرام علي وجب الحد ولو ادعى احدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة

ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا فمن طلق امرأته ثلاثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف

اذا ثبت في الفعل من احد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطيها البائع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطيها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيها لم يستقر للزوج والمشتري والمالك كان مسلطا على وطيها بتلك اليد مع الملك وملك اليد ثابت والملك الزائل متزلزل والمشتركة بين الواطي وغيره والمرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لان المانع هو الشبهة وهي هنا قائم في نفس المحكم اي الحرمة القائمة بها فيها شبهة انها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحد على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك ونحوه والاعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن ان لا يحد وفي كتاب الحدود يحد ولا يعتبر ظنه لانه استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطي جارية الميت ووجه عامة الروايات انه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا وما لكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستاجرة اجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا ان ملك الغير في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في الرهن سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها فلا يتصور كونها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطي جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطي البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي ان يزاد جارية التي هي اخته من الرضاع وجارية قبل الاستبراء والاستبراء يفيدك غير ذلك ايضا كالزوجة التي حرمت بردتها او مطاوعتها لابنه او جامعها هاشم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن ان يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيها قوله ثم الشبهة عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول ابي حنيفة ثبت بشبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان يطأ امرأة تزوجها بغير الشهود او بغير اذن مولاها وهي امة او وطي العبد من تزوجها بغير اذن مولاها قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية او خمسا في عقد او جمع بين اختين بوطي وقال علمت انها حرام لا حد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد قوله وقد نطق الكتاب لانتفاء الحل فاذا قال فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك الاجماع فيلا يعتبر قول المخالف فيه اي في الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها لانه خلاف بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لاختلاف كائن بين الامة حال تردد المواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا ما قدمناه في اول كتاب الطلاق من ان اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر رض على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما نعلم فيما سلفناه

ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رض فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك ولابوة قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه

وصح عن علي رض وقوع الثلاث خلاف ما نقلوه عنه ثم لا يخفى ان ترتيب المص بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء المحل في الكتاب ما اذا وقع الثلاث لشبهة بعد ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم في الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص **قوله** ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم لبقاء العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها وكذا يحرم عند نكاح اختها واربع سواها ويمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن ان يقيس حل الوطء على بعض هذه الاحكام فيحصل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطئ امرأة اجنبية وقال ظننت انها تحل لي جارية اجنبية على ما يأتي لانه في غير موضعه **قوله** وام الولد اذا اعتقها مولاها وهي في العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمة ان يطأها في العدة بخلاف الرجعة فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لا يحد لاختلاف الصحابة بالكناية فمن مذهب عمر رض انها اي الكنايات رجعية وكذا عن ابن مسعود وفي مصنف عبد الرزاق ثنا الثوري عن منصور شنى ابراهيم عن علقمة والاسود ان ابن مسعود رض جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امرأتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك فقالت انا اطلق ثلثا قال ابن مسعود رض اراها واحدة فانت احق بالرجعة وسألت امير المؤمنين عمر رض فقال ما ذا قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال فانا ارى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم نصب واخرج ابن ابي شيبة عنها في مصنفه انها قالا في البرية والخلية وهي مطلقة واحدة وهو املك برجعتها فاخرج محمد بن الحسن في الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب رض وعبد الله بن مسعود رض كان يقولان في المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امرأته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها املك بها ومن مذهب علي في خلية وبرية انها ثلث على ما اخرجه عنه ابن ابي شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها انها واحدة او ثلث والله اعلم وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فان لم يقل احد ان المختلعة على مال تقع فوقعها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلثا بالكناية فوقعهن فوطيها في العدة عن الطلاق الثلث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحققها لقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يتحقق النجاسة به فوجه ان قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما ان قوله عم انت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة تقع فيقال مطلقة ثلث وطيت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقع الثلاث عليها بالكناية **قوله** ولا حد على من وطئ جارية ولده وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابيه حال قيام ابنه وقد تقدم المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجة عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وابي يريد ان يأخذ مالي قال انت ومالك لابيك واخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل اليه عم فقال يا رسول الله ان ابيه يريد ان يأخذ ماله فقال عم ادعه اليه فلما جاء قال عم ان ابنك يزعم

واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكانت شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفعل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد

انك تاخذ ماله فقال سله هل هو الا عمامة او قرابة او ما انفقه على نفسي وعيالي قال فهبط جبريل عم فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه اذناه قال عم قلت في نفسك شعرا لم تسمعه اذناك فهاته فقال لا تزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ثم انشأ يقول ~ غذوتك مولودا ومنتك يافعا ~ تعل بما اجني عليك وتنهل ~ اذا ليلة ضاقتك بالسقم لم اتب ليسقمك الا ساهرا اتململ ~ تخاف الردى نفسي عليك وانها ~ لتعلم ان الموت حتم موكل ~ كاني انا المطروق دونك بالذي طرقت به دوني فعيناي تهمل ~ فلما بلغت السن والغاية التي اليك مرامها فيك كنت اؤمل ~ جعلت جزائي غلظة وفظاظة ~ كانك انت المنعم المتفضل ~ فليتك اذ لم ترع حق ابوتي فعلت كما الجار المجاور يفعل ~ قال فبكى صلعم ثم اخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب انت ومالك لابيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المص بعد هذا ويثبت النسب يقتضي باطلاقه ان يثبت نسب ولد الجارية من وطئ والد سيدها وجده وان كان ولده الذي هو سيد الامة حيا فانه قال في وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب اي من واطئ جارية ولده وولد ولده لكنه انما اراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حيوة الاب وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابي الليث رح اذا زنى بجارية نافلته والاب في الاحياء وقال ظننت انها علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلظة وانه سقط عليه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس ابي الليث صرح في شرح الجامع الصغير انه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافي وفي المبسوط ان من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم يثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حيوة الاب ولكن ان اقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانها لم تملكها وعليه العقر لان الوطئ ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي النبوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان في حيوة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته لستة اشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله ان ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد

قوله واذا وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت حلها لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وزفر يحده لقيام الوطئ الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطئ جارية اخته او عمته على ظن الحل وكذا اذا وطئ جارية مولاه فقال ظننت حلها لا يحد وان قال علمت حرمتها حد لان بين هؤلاء اي بين الانسان وبين ابيه وامه وزوجته والعبد وامة سيده انبساطا في الانتفاع فظن ان معه الاستمتاع بخلاف ما بين الانسان واخيه وعمه على ما ياتي فكان شبهة اشتباه الا انه زنى حقيقة فلا يحد قاذفهم وقوله وكذا الجارية اي اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولاي او ابن مولاي او مولاي يحل لي الزوج سيدتي وكذا في الاخريين والفعل لم يدع ذلك لا يحد في ظاهر الرواية لان الفعل واحد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت في التبع وهي المرأة لانها تابعة للزنا فلا تكون متمكنة

ولك وطئ جاريته أخته وعمته وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الأولاد لما بينا
ومن زفت إليه غير امرأته وقالت أنا امرأته وجئتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولأنه
اعتمد دليلا وهو الإخبار في موضع الاشتباه إذ الإنسان لا يتهم بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد خلافا
لأبي يوسف رحمه الله لأن ذلك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لأنه لا اشتباه
بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا إلى دليل وهذا لأنه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا إذا كان
أعمى لأنه يمكنه التمييز بالمس وغيره إلا إذا كان دعاها فأجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لأن الإخبار دليل

في الأصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد إذا قال ظننت حلها لأن الثبوت في الأصل يستتبع التبع وأجيب بأن الفعل لما كانت واحدة نسبة إليهما
كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه وأورد عليه ما زنى البالغ بصبية يحد دونها وأجيب بأن سقوط الحد عن الصبية لا لشبهة
في الفعل فإنه لم يثبت شبهة فوجب الحد عليه وإنما تعذر إيجابه عليها لأنها ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فإن الشبهة لما تحققت
في الفعل نفت الحد عن طرفيه إذا استقل الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولد الجارية بجارية الزوجة وغيرها وإن صدقته الزوجة أنه ولده **قوله** فإن وطئ جاريته
أو عمته ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال ظننت أنها تحل لي حد لأنه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى
هذا أنه علم أن الزنى حرام لكنه ظن أن وطئه هذه ليس زنى محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم أن الزنا حرام وإنما يتقيد
مسئلة الحربي إذا دخل دار الإسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت إليه ويحد وإن كان فعله أول يوم دخل الدار لأن الزنا
حرام في جميع الأديان والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال إذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو
أراد أن المعنى أن شرط الحد في نفس الأمر علمه بالحرمة في نفس الأمر فإذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لأن الشرع لما
أوجب على الإمام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الأمر لأنه لا معنى لكونه واجبا في نفس الأمر إلا وجوبه على الإمام
لأنه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الأمر بينه وبين الله تعالى التوبة والإنابة ثم إذا اتصل بالإمام ثبوته وجب الحد
على الإمام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر أن بينهما انبساطا وأجيب بأن القطع منوط بالأخذ من الحرز ودخوله في
بيت بحوله بلا خشبة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فمنوط بعدم المحل وشبهته وهو ثابت هنا **قوله** ومن زفت
أي بعثت إليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر وهذه إجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة
اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه ونسب فالأوجه أنها شبهة
دليل فإن قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فإن قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الأمة إذا جاءت إلى رجل
وقالت مولاي أرسلني إليك هدية فإن كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب على المرفوقة العدة **قوله**
ولا يحد قاذفه إلا في رواية عن أبي يوسف فإن إحصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لأنه وطئها على أنه نكاح صحيح معتقد دليلا ولذا
يثبت النسب والمهر بإجماع الصحابة فيكون وطئا حلالا لا ظاهرا وأجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا في إيراث الشبهة دارئة
سقط الحد لكن سقط إحصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لأن في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا
والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا تثبت النسب وإن اعتبر شبهة محل اقتضى أنه
لو قال علمتها حراما علي لعلمي لكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الإخبار
يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لأن الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت وما لك
لأبيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعني عدم ثبوت النسب لا جماع فيه
بهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما عهدوه من أحكام الشبهتين **قوله** ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد خلافا للأئمة

ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة رح لكنه يوجع عقوبة اذا كان عالما بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى المذكورة وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات

الثلاثة مالك والشافعي واحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا ان المسقط شبهة هنا اصلا سوى ان وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من جاريتها الزائرات وقرابتها فلم يستند الظن اليه هذا لانه قد ينام على الى الصحة دليل حل وكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والموروثة حلالا فوطئها فانه يحد قال وكذا اذا كان اعمى ان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه وتمييزه يحصل بالنغمة والحركات المألوفة فيحد ايضا الا اذا ادعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل وجاز تشابه النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك لانها لو انتقلت بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز باكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في الطمأنينة المنفوس الى انها هي **قوله** ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه او ابنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هي اشد مما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعي امي ابو يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد يجب حده اذا كان عالما وكان يجب ان يوسط الضمير المنفصل فيقول فقالا بها والشافعي لما عرف ان العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا ان يفصل بضمير منفصل او غيره على قول والا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع او مصاهرة متفق عليه واما غير ذلك ففي الكافي لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج امة على حرة او تزوج مجوسية او امة بلا اذن سيدها او تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا اما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد وفي بعض الشروح اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة واخت المرأة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد او الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذه لا يجب الحد عند ابي حنيفة رح وان قال علمت انها علي حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنها قالا فيما ليس بحرام على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الاتفاق على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح في محل الخلاف فتأمل يجد واضافة الى ذلك ما سمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحريم على التابيد لكن قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد يقتضي ان لا يحد عندهما في تزوج بمنكوحة الغير وما معها لانها ليست محرمة على التابيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما ان حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو اسلمت حلت كما ان تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذي يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما انه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غيرها قال مثل ان يتزوج مجوسية او خامسة او متعة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها

ولابي حنيفة رح ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات بني آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في حق جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد ايضا ويرجع عقوبته في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى بنت الفاطمة فهم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول ابي حنيفة ثم خص منها لفتها بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسئلة المحارم رواية عن جابر رضا انه تضرب عنقه ونقل عن احمد واسحاق واهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ما اذا كانت امرأة ابيه قصر الحديث الآتي على مورده ولا حد لضرب عنقه في رواية اخرى ويوخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له اين تريد قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة ابيه ان اضرب عنقه واخذ ماله وهذا الحديث رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن روى ابن ماجة عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه واجيب بان معناه انه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق واخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة ابيه ان يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على انه لا يستحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك انه ذكر في الحديث عرس بها والتعريس بها لا يستلزم وطيه اياها وغير الوطي لا يحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لا يخلو من نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطي كان قتله جائزا كونه لوطيه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بانه ايضا لا يتعين كونه للوطي فلا دليل فيه على احدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا جاز فيه احد الامرين انه للاستحلال او امر بذلك سياسة وتعزيرا وجه القائل بالحد انه وطي في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي اهل للحد عالم بالتحريم فتجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا يوجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن شبهة كما لو كرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف ان هذا العقد يوجب شبهة ام لا فعندهم لما ذكر وعند ابي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على انه ورد على ما هو محله او لا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحد بل بقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتأمل يسير يظهر انهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها ارادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد اي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره لعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو من حيث اثبت محليتها ارادوا محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فان قلت فقد اطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم فنفي الاصل حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله في الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح انثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب ان المراد نفي المحلية لعقد النكاح الخاص وانت علمت ان ابا حنيفة انما اثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في ان اي الاعتبارين في ثبوت المحلية اولى لكونه قابلا للمقاصد او كونه حلالا ان نظرنا الى المعنى وهو ان الاصل ان يتبع المحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله او الى السمع اعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع ما انها انما فيها عدم المحل ترجحا او قد رجح قول ابي حنيفة رح بقوله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر

ومن وطئ اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شئ مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ويعزر وقال في الجامع الصغير ويودع في السجن فلا هو كالزنا فيحد وهو احد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وروي فارجموا الاعلى والاسفل ولهما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه يتحقق حراما لقصد صفة الذكر

بما استحل من فرجها حكم بالبطلان واوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقد على ظاهره لا يضر لانه ما دل بتاويلين احدهما انه آيل الى البطلان باعتراض الولي ان كان غير كفو والآخر تخصيصه بما اذا لم يكن المرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو اقرب التاويلين لقدرة فسخ ولي الصبي عدم كفاءة من زوجه المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال الفتوى على قولهما ولعل وجهه ان تحقق الشبهة يقتضي تحقق المحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة المحل لكن فعلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب ودفع بان من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة اقل ما ينبئ به وجود المحل من وجه وهي منتف في المحارم وشبهة المحل ليس ثبوت المحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه الا ترى ان ابا حنيفة رض الزم عقوبة باشد ما يكون وانما لم تثبت عقوبة هي الحد فعرف انه زنى محض عنده الا ان فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومع شبهة العقد ما اذا استاجرها ليزني بها فعل لا حد عليه ويعزر وقالا هما والشافعي ومالك واحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استاجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله ان المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة يكون محل العقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستيجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطي والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال امهرتك كذا لا زنى بك لم يجب الحد وكذا لو قال استاجرتك او خذي هذه الدراهم لا طالك والحق في هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد ان فعل الزنا مع قوله الزنى بك لا يحد معه للفظة المهر معارض له **قوله** من وطئ اجنبية فيما دون الفرج بان اولج في مغابن بطنها ونحوه ليس المراد ما يعم اللمس وهي المسئلة الآتية يعزر لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله اذا اتت امرأة امرأة اخرى فانهما تعزران كذلك **قوله** ومن اتى امرأة اي اجنبية في ما دون الفرج في الموضع المكروه اي دبرها او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان او غير محصن سياسة اما الحد المقدر شرعا فليس كحكمه لقولا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن محصنا وبرجمان احصن وذكر في الروضة ان الخلاف في الغلام اما لو وطئ امرأة في دبرها حد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وامته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة في الجنة اي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا يكون وان سمعا فقط جاز ان تكون والصحيح انها لا تكون فيها لانه تعالى استبعد واستقبحه فقال ما سبقكم بها من احد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها وقال الشافعي في قول يقتلان فيرجم بالسيف بكل حال ابي بكرين كانا او ثيبين وفي وجه يرجمان بكل حال وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر وهو المصحح من مذهبه يحد جلدا وتعزيرا ان كان بكرا ورجما ان احصن وجه القتل ما روى ابو داود والترمذي وابن ماجة عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة عن حديث ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذي انما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عن عمرو من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحاق

ولد امه ليس بزنا لاختلاف الصحابة في موجبه من الامر بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع بالتلاع الاحجار وغير ذلك ولا يوفي معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة او على المستحل الا انه يعزر عندنا لما بينا

عن عمر بن ابي عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروي عن عاصم بن عمر عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عنه عم قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفي اسناده مقال ولا نعلم احدا رواه عن سهيل بن ابي صالح غير عاصم بن عمر العمري وهو ليس بالقوي في الحديث من قبل حفظه وبسند السنن رواه احمد في مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخاري عمر بن ابي عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي ليس بالقوي وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عم اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد اخرج له الجماعة واخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبي بان عبد الرحمن العمري ساقط واذا كان الحديث بهذا الشأن من التردد في امره لم يجز ان يقدم به على القتل مستمرا على انه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولما انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل ابلغ حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تنكشف بالزنا بالقعد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيها فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابي حنيفة انه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حده وذلك لان الصحابة اختلفوا في موجبه فمنهم من اوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من نكسه من مكان مرتفع مع اتباع الحجارة فلو كان زنا في اللسان او في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم في موجبه وهم اهل اللسان اول دليل على انه ليس من يسمى لفظه الزنا لغة ولا معناه واما الاستدلال بقول القائل من كف ذات حرفين زنى ذكر لها صحبان لوطي وزناء فلعدم معرفة من ينسب اليه نعم وقول من قال ان اهل اللغة فرقوا بينهما حيث قال قائلهم من كف ذات حرفين زنى ذكر لها صحبان لوطي وزناء غلط وذلك انه ليس لعربي بل هو من شعر ابي نواس كان مولدا لا يثبت اللغة بكلامه في قصيدته التي اولها

دع عنك لومي فان اللوم اغراء * وداوني بالتي كانت هي الداء

وهي قصيدة معروفة في ديوانه مع انه ينبغي الشريعة عن امثاله تطهير كتبنا ايضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعة الماء من حيث هو اضاعة لجواز العزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذي هو هلاك معنى فان الولد الزنا ليس له اب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيثبت على سوء الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا لكن يختص به ويتفقده ويثبت من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواطة وكذا هو اندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي في الجانبين على الاستمرار بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لقدرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهى اصلا اذ قل ما يكون ذلك ولا عبرة باوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا ان لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان في المساوي من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجرا قويا وقد لا الا ايعاد عقاب الآخرة واما تخريجه عن الصحابة فروى البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا ثنا عبد الله بن عمر ثنا عبد العزيز بن ابي حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع ابو بكر رضه الصحابة فسألهم فكان من اشدهم في ذلك قولا علي رضه قال هذا ذنب لم يعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما علمتم ترى ان نحرقه بالنار فاجتمع رأي الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدي في كتاب الردة في آخر ردة بني سليم وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطة قال ينظر اعلى بناء في القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقي ايضا من طريق

ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه او فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بينا والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رح يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا يقام الحدود في دار الحرب

ابن ابي الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوما لوطا اهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الديم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يجلسان في اتتن المواضع حتى يموتا نتنا واما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى اتاتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين فمدفوع بان الفاحشة لا تختص لغة بالزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف انه يعزر لما بينا اي من انه منكر ليس فيه شيء مقدر **قوله** ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى بميتة لانه الزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا الشهداء وان اتفق لبعضهم ذلك بغلبة الشهوة فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه **قوله** ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا انه يعزر لما بينا انه منكر ليس فيه تقدير شرعي وفيه التعزير والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيما ذي الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت دبي مما لا توكل ضمن قيمتها ان كان لمالكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كان مما توكل اكلت وضمن عند ابي حنيفة رض وعند ابي يوسف رض لا توكل والمراد بالمروي لاصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس رض عنه عرم من اتى بهيمة فاقتلوها واقتلوه قلت له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره ان يوكل لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس رض هذا هو المتمسك لابي يوسف في عدم اكلها الا ان المعنى الذي عليه الاصحاب من قطع التعيير اقرب الى النفس رواه ابن ماجة عن ابراهيم بن اسماعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن ابي عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا واما ابراهيم بن اسماعيل بن ابي حبيبة فقال احمد ثقة وقال البخاري منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف ابو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو انه روي عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذي باتى البهيمة حد وهو الذي روي عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تقتلها وتاويله المذكور آنفا ومحال ان يروي عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم القتل ثم يخالفه وكذا اخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي هذا اصح من الاول ولفظه من اتى بهيمة فلا شيء عليه واخرج الحاكم حديث عمرو بن ابي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد **قوله** ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا فاقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وعند الشافعي ومالك رح يحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه قلنا سلمنا انه ملتزم للاحكام لكن الحد ليس بحكم عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضي فيقضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة على الزاني مطلقا اينما كان زناه وح نقول امتنع بالنص وهو قوله عرم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب ولا وجوب لا عرى عن الفائدة لان المقصود الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب على وجوده فلم ينقلب موجبا له حال عدمه واما الحديث المذكور وهو قوله عرم لا يقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من زنى او سرق

وكان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيجري الوجوب عن الفائت ولا يقام بعد ما خرج لانه لم يتحقق موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزى من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة واميري المصر يقيمان الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف اميري العسكر والسرية لانه لم يفوض اليهما الاقامة

في دار الحرب واصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله اعلم به وعن الشافعي قال قال ابو يوسف ثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا يقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو قال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد عن حكيم بن عمير عن عمر بن الخطاب رض كتب الى عمير بن سعد الانصاري وهو على حمص ان لا يقيموا الحدود على احد من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحة قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وانت تعلم ان هذا نوع انقطاع ومعتقد ابي يوسف انه داخل في الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثبته ولا يضر على مبنى المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من ائمة الشان والعدالة وهذا الاثر رواه ابن شيبة في مصنفه ثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن ابي مريم عن حكيم بن عميرة وزاد ليلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار انتهى اثر آخر رواه ابن شيبة ايضا ثنا ابن المبارك عن ابي بكرة بن عبد الله بن ابي مريم عن حميد بن ابي عنبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على احد حد في ارض العدو واخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بشر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام اقام عليه الحد واعلم ان مع الاوزاعي احمد واسحاق فمذهبهم تاخير الحد الى المقفول وبشر بن ارطاة ويقال ابن ابي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة اهل المدينة ينكرون سماع بشر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بشر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال اهل الحرة انتهى فلو انه سمعه منه عرم لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من اعوانها والحق ان هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب العمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى يخرجوا الى ارض المصالحة انه ح يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الى ارض المصالحة ح يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا اظهر احتمالين الاول ولو سلم احتمالها على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انها معارضة بما اخرجه ابو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وايضا معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان اجيب بانه عام خص منه موضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطي في غير ملك وشبهة فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصا اولا واما الدليل العقلي المذكور فعليه ان يقال لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب ان لا فائدة في الايجاب انما ذكر لو عجزه مطلقا فجاز ان يثبت الوجوب في الحال معلقا في القدرة قلنا يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه ان يقال فجاز ان يثبت في الحال تعليق الايجاب بالقدرة اي اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المآل لان المعلق بالشرط كذلك وح جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن اين دليله فان الآيات انما تفيد تاخير الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم ان القدرة

اما اذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية او ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربية والحربية وهو قول محمد رح يعني ذمي يعني اذا زنى
حربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف رح يحدان كالمسلم وهو قوله الآخر لابي يوسف رح
ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا
بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولابي حنيفة رح ان الدخول للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا تمكن من الرجوع الى دار الحرب لا يقتل
المسلم ولا الذمي بيد انا التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لا ما لا يرجع كالانصاف والقصاص وحد القذف
من حقوقهم اما حد الزنا حق الشرع وعند محمد رح وهو الفرق ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق
الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين
البالغة من الصبي المجنون ولابي حنيفة رح فيه ان فعل الحربي المستامن زنا لانه مخاطب بالمحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على
اصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليهما بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليسا بمخاطبين وتظهر هذه الاختلافات في اذا زنى المكرهة بالمطاوعة تحد المكرهة عنده وعند محمد رح لا تحد

شرط التكليف فنعلم انتفاءه مقتضاه في الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب حال زنى الزاني في دار الحرب باقتدار الامام
عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان اجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة انه اذا رجع الى دار الاسلام
اقامه يدفع بانه معارض بحديث مراسيل ابي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وايضا قد يقال عليه
لا نسلم ان حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب اصلا وفرض
المسئلة انه زنى في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد به عليه في غير تقادم وعند مالك هو قادر ويتعلق به ايجاب
الاقامة والمذهب خلافه والله اعلم قال ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه
تحت يده فالقدرة ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من العسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى العسكر لا يقيمه ويفيد انه لو زنى بالعسكر
والعسكر في دار الحرب في ايام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية ح اما امير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم يفوض اليهما الاقامة
قوله واذا دخل حربي دارنا بامان وهو المستامن فزنى بذمية الخ حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليهما الحد
دون الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها
ثلاثة اقوال قول ابي حنيفة يحد المزني بها المسلمة والذمية وقال محمد لا يحد واحد منهم وقول ابي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة
بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستامنة لا يحد واحد منهما عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحدان ذكره في المختلف
وان زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا والاصل ان عند
ابي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند ابي يوسف
يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد فاختلفوا في حد الزنا
والسرقة عند ابي يوسف يجب وعندهما لا وجه ابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات
والسياسات كما ان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف
ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه ابي حنيفة ومحمد انه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها ويرجع وعلينا
ان نمكن من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل لما يرجع منها الى تحصيل مقصوده وهو حقوق
العباد غير انه لا بد من اعتباره ملتزما بالانصاف كف الاذى اذ قد التزمناه له بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم
فلزماه اما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه لم يمنعنا من استيفائه عند اعطاء امانه
بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا اذلالا للمسلم
وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهود هم ولمحمد رح وهو الفرق بين المسلم او الذمي اذا زنى بمستامنة حيث
يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت بمستامن لا يجب الحد عنده عليهما ان الاصل في الزنا فعل الرجل
والمرأة تبع لكونها محلا على ما سنذكر فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه

قال واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رح يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رح وان زنى صحيح بمجنونة او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع هذا لان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا ولها موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيل الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يتعلق به الحد

في حق الاصل اي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية او مجنونة يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي او المجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا كانت من فعل موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المسلم من زنى لكونه مخاطبا بالمحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق احكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين لا انه امتنع حده لان اقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد تمكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو كانت مسلما فهرب تحد هي لان المانع حصنه وتبيعها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا او مجنونا لانها لما لا تخاطبا لم يكن فعلها زنى فلم تكن من الزنا ونظيره الوزني مكرها بمطاوعة تحد المطاوعة عند ابي حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد قوله واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو اي قول زفر والشافعي رواية عن ابي يوسف وهو قول مالك واحمد وان زنى صحيح اي عاقل بالغ بمجنونة او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع ولهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فهكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله وقد فعلت ما هي به زانية لان حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بآلة وقد وجد الا ترى انه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك وهو يدل على انها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمحبوب ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه لان اهل اللغة اخذوا جنس تعريفه وطي الرجل فكانت خارجة وانما هي محل ليس هذا هو يسمى واطيا زانيا وهو موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق اي مرضية ومدفوق لكونها مسببة لزنى الزاني التمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من فعل هو زناها والزنا فعل من هو منهي عنه ملتزم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلنا انها بالتمكين صح زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور ان يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مزنى بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطي المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا اولا فالجواب ان تسميتها زانية حقيقة او مجازا كونه بالتمكين من الزنا النسب من كونه ما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما قدر تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي ان يقال كون الزنا في اللغة وهو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا ايجابا ضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد تمكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب ان هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم وطي الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام اهل اللغة انهم لا يسمون فعل المجنون زنا واحتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا يحد به والله اعلم ومما ذكرناه يندفع

قال ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رح يقول اولا يحد وهو قول زفر رح لان الزنا من الرجل لا يكون الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه الملجئ قائم ظاهرا والانتشار دليل مؤيد ولانه قد يكون من غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فادرئ شبهة وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رح وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله انه لا اكراه من غيره لانه يندفع الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان او بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي نزوجني واقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه ولا مهر في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فادرئ شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع

ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا او مجنونا يمنع الحد عليها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين اقرت بالزنا بل زنى بك مجنون او صبي كما انه استفسر ماعزا فقال ابك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فانه استراب امره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية ابك جنون مع انها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها فاورد انه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطي في غير الملك لا يخلو عن احدهما اما العقر وهو مهر المثل او الحد كما لو زنى الصبي لصبيه او مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب اجيب بالفرق وهو ان الايجاب عليه هنا لا فائدة فيه لانا لو اوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لانها المطاوعة صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي عزم بذلك وصح الامر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة او صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم ولايتها في المكرهة عدم الامر اصلا فكان الايجاب مفيدا واما ايراد القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكرهة بالمطاوعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فورود وبناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع قوله ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان ابو حنيفة اولا يقول يحد وهو قول زفر وبه قال احمد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد الانتشار الآلة وهذا آية الطواعية فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل اثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المرأة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا يحد اجماعا ثم رجع ابو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره ايضا لان السبب الملجئ الى الفعل قائم ظاهرا وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له ان يكون معه ويكون طبعا لقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك اثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل فان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر واحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قال الانتشار دليل الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال الانتشار لا يستلزم الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشائخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن ابي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتى بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سببان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به قوله ومن اقر اربع مرات هذا على وجهين احدهما ان يقر الرجل في اربع مجالس انه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني واقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح محتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد بتقدير كذبه لانكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطي باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطي لا يخلو عن عقر او عقر فلزم لها المهر وان ردته الا ان تبرئه منه واعلم ان وجوب المهر انما هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المعترف فان حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينتقص بعد الاقامة ثانيهما ان تقر اربعا لذلك انه زنى بفلانة وقالت

بالطاعة

ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوزع على كل واحد منهما حكمه وعن
ابي يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض
سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه
فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لانه ضمان بيع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدوما
وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنالك يثبت في الجثة الامساك وهي عين فاورثت شبهة

فلانة مازنت به ولا اعرفه او اقرت هي بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان مازنيت بها ولا اعرفها لا يحد المقر بالزنا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة
العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة رح ان الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه واورث
شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا
مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد درء الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر فيه فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق وقال
زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم يتحقق في حقها بدليل يوجب
النفي وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته
فاذا انكرت ثبتت شبهة يدرء بها الحد عنه فاذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد
على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في
المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار اصل الفعل اولى قلنا خصصنا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل
بن سعد فانه روي ان رجلا اقر بالزنا بامرأة فانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود وفي شرح الطحاوي
ولو لم تدع المرأة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا **قوله** ومن زنى بجارية
فقتلها اي بفعل الزنا فانه يحد وعليه قيمتها وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا
ويجب عليه الدية وقوله وعن ابي يوسف انه لا يحد ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا
لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد رح لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل
الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف رح في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه
وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه
كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي واحمد رح لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا
قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المص حيث قال
ولهما انه ضمان قتل وجه ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب قتله سبب لملك الامة واذا
ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان
وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها او ملكها بالغدار بان زنى بجارية جنت اليه فدفعت اليه بالجناية او بالشراء او النكاح انه
لا يحد في ذلك كله وعند ابي حنيفة يحد في الكل وقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح
لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيوخذ بموجب كل من الفعلين
ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين

قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال لان فيه حق العباد وحق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيمه على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستيفاء بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه كحكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

على العاقلة ولا يجب بالغته بالمغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القائم دون الفائت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين قائما يثبت شبهة قيام المنافع فيثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهة فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك السبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة والهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وآل هذا التقرير الى ان الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع فان كانت ثابت شبهة ملك العين لا حقيقة وبحقيقته لا تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير ان ابا يوسف اثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس احد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل تظهر ما في تقرير المصنف من التساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب قيمتها ويسقط بها الحد لان الملك يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاورث شبهة اي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد اما هنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التملك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت اولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف وثمرته ان الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي ان لا يجب الحد لوتم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد ان يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب ان لا يحد والا وجب ضمانان بازاء مضمون واحد اجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان اولا كجراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي اما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضي خان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق **قوله** وكل شيء فعله الامام الذي ليس فوقه امام مما يجب فيه الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يؤخذ به الا القصاص والمال فانه اذا قتل انسانا او اتلف مال انسان يؤخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الجزاء والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا او المغلب في حد القذف حد الشرع فكان كيفيته كيفية الحدود وبهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لانه شرط وارد عليه بالمانع من ان يولي غيره لحكم فيه بما يثبت عنده كما في الاموال غير انه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق العبد استوفاه العبد او حق لعبد استوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص الا ان الله تعالى ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما يعم ان المخاطب فيه بالجلد الامام ان يجلد غيره والله اعلم وقد يقال ان دليل الايجاب اصحابه والله اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنه قدم ان الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجوده يثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما ثبت بالاقرار اندر زنا ودر لفيق بشرطه المقتضي لاعدامه وهو ان يدخل الرجل في فرجها كالميل في المكحلة وايضا لم يثبت

قال واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يقبلوا ثم عن الامام لو لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وهو يعتبرها بحقوق العباد ولنا ان الشاهد مخير بين الحسبتين من اداء الشهادة والستر فالتاخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة فيحمله وتعداد حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يستبرئ فاسقا فاسقا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فمن الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد لان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انه ام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستتار على غرة عن المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما

قتل الزنا عند رسول صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة فانهم كلهم لم يجدوا بالاقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عندهم وعند الصحابة **قوله** واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يقبلهم عن امامهم عن ابي حنيفة لم تقبل الشهود تهم الا في حد القذف خاصة فقوله متقادم اسناده في الحقيقة الى ضمير السبب اي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو اشهادهم به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقوله لم يقبلهم جملة في محل جر لانها صفة النكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك انه لا يتعين البعد عذرا بل يجب ان يكون كل من نحو مرض او خوف طريق ولو في بعد يومين ونحوه من الاعذار التي تظهر انها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادة مفيدة وهي قوله في اذا شهد عليه الشهود بسرقة او شرب خمر او زنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فان اقر به بعد حين بذلك اخذ به الا الشرب فانه لا يؤخذ بذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المص وغيره الاصل ان الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي عبارة تساهل مشهور فان الذي يبطل بالتقادم الشهادة باسبابها ثم لا يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل ان في الشهادة في الحدود القائمة والاقرار بها اربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها وقبول الاقرار بها سوى الشرب وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف الثاني ردها وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن وابي يوسف الثالث قبولهما وهو قول الشافعي وهما كان يكل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة والرابع ردهما نقل عن ابن ابي ليلى ولم يقل احد بقلب قول محمد واستدل الشافعي والآخرين بالحاقه بالاقرار لانها حجتان شرعيتان يثبت كل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وبحقوق العباد ولنا وهو الفرق ان الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة اما الكبرى فلقوله عم لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين اي متهم وذكر محمد عن عمر رض في الاصل انه قال ايما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم واما الصغرى فلان الشاهد بسبب الحد مامور باحد امرين الستر احتسابا لقوله عم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث وفي ذلك والشهادة به احتسابا بالقصد اخلاء العالم عن الفساد لانزجار بالحد فاصل الامرين واجب مخير على الفور كخصال الكفارة لان كل من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي واذا شهد بعدم التقادم لزمه الحكم عليه باحد الامرين اما بالفسق واما بتهمة العداوة لانه ان حمل على انه من الاصل اختار الادى وعدم الستر ثم اخره لزم الاول او على انه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك انه سقط عليه الواجب باختيار احدهما فالصرافه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن انه حركة حدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه احد الامرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذ الانسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتاخير الشاهد لتاخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فيتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة ان لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد اجاب اولا بما حاصله ان السرقة فيها امران الحد والمال فما يرجع الى الحد لا يشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله وباعتبار المال يشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لاحدهما بل لا ينفك عن الامرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد

ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود

ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها انه اذا شهدوا بها على الانسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود به عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلا بد من تضمين الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان تتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا آخر رددناه في حق الحد لا المال بل الزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة او قلبه وهي غائبة لا يدري جوابها لا يحد ولا يستأنى بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة فلا تعتبر وههنا في السرقة لا يثبت اصلا لا الثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال لان يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ بخلاف دعوانا النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم واجاب ثانيا بان بطلان الشهادة بالتقادم لما كان للتهمة في حق الله سبحانه وتعالى فاقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة ادير على السفر فلا يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فمرور التقادم لا يخفى ان الشهادة بالتقادم للتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل احد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حق الله تعالى ولا يصح تشبيه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة فيه فيضبط بما هو منضبط فالعدول للحاجة الانضباط ولا حاجة فيما نحن فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد سنين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب انما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وما لم يكن فالى المدعي على ما قال قاضي خان انما لم تقطع في السرقة بعد التقادم لا للتهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة اما لو اخر والا تاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم او بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله ولان السرقة تقام على الاستمرار على غيره من المالك فيبطل على الشاهد باعلامه وبالكتمان يصير فاسقا انما يقتضي ان ترد في حق المال ايضا للفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا بعد التقادم يثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التاخير لعدم تاخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور

قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه وهو قول زفر قول الائمة الثلاثة لان التاخير بعذر هربه وقد زال العذر ولنا ان الامضاء الى الاستيفاء من القضاء بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استنابة تعالى الحاكم في استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء او هو هنا اذا لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه

واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة رح لم يقدر في ذلك وفوضه الى راي القاضي في كل عصر عن محمد رح انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد رح وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما نبين في باب ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة ينعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة فلا معتبر بالموهوم

في حقوق غيره تعالى فانه فيها لاعلام من له الحق بحقيقة حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو في حقوقه تعالى استيفاء واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بغير حقه اجماعا وبالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هي قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا او ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن هذا التقادم انما يبطل في ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منها لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان رواها انيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه انيط بتقادم عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلي هذه المقولة زيادة فيه ان شاء الله تعالى **قوله** واختلفوا في حد التقادم اشار محمد في الجامع الصغير الى انه ستة اشهر حيث قال شهدوا بعد حين لو جعلوه عند عدم النية ستة اشهر على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وابو حنيفة لم يقدره قال ابو يوسف جهدنا بابي حنيفة رح ان يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى راي القاضي في كل عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم وما لا يعد تفريطا غير تقادم واحوال الشهود والناس تختلف في ذلك العرف فانما يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة فيها تاخير فنصب المقادير بالراي متعذرة وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل على ما في مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو الاصح واخذ بهذه الرواية مما في المجرد قال ابو حنيفة لو سئل القاضي الشهود متى زنى فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه قال ابو العباس الناطفي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد وهذا اعني كون الشهر فصلا عدلا يمنع قبولها اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لان المانع بعدهم عن الامام فلا يتحقق التهمة فقد نظر في هذا التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو مخالف ما ذكره من قريب انه بعدما انيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الا ان يقال اذا كان المانع البعد او المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط بل هو ما لم يكن هذه الموانع من الشهادة ويجاب بان هذا رجوع في المعنى الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه احد الامرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر اما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما وستاتي هذه ان شاء الله تع **قوله** واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وهي غائبة فانه يحد اجمع الائمة الاربعة عليه وكذا لو اقر بالزنا بغائبة يحد الرجل لاجماعهم لحديث ماعز فانه اقر بغائبة على ما تقدم وذكر ما ورجمه عمر ونقل ابو الليث عن ابي حنيفة انه كان يقول اولا لا يحد حتى تحضر المراة لاحتمال ان تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع

وان شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى
عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها طاوعته درئ الحد عنهما
جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب تفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه
بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلاف فيها وله انه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما

الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول فان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم
الدعوى والدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة
للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين
واحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت في كل منهما شبهة
الشبهة اجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط
فاحتماله هو الشبهة وانما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتمال شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان
نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة فاعتبارها باطل والا ادى الى نفي كل واحد فان ثبوته
بالبينة او الاقرار والذي يثبت به يحتمل ان يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل ان يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى
كل حد ووجه انه شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع شبهة الشبهة **قوله** وان
شهدوا انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر انها امرأته وامته فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست
زوجتي ولا امتي لم يحد ايضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد واما ما قيل
ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد يقتضي انه لو قال اربعا حد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامرأة لا يعرفونها حد لانه لا تشتبه
عليه امرأته فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه
فلما اقر بالزنا فرع عليه انها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم اعرفها اي باسمها ونسبها ولكن علمت
انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس مسقطا للحد
قوله وان شهد اثنان حاصلها انه شهد اربعة على رجل انه زنى بفلانة الا ان رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته
فعند ابي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم اي المشهود الاربعة على الموجب للحد
عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما اي الفريقين وعليه قوله وتفرد احدهما بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين
بزيادة جناية منه من الاكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا
فيه فتعارضوا فعدم الوجوب عليها بمعنى غير مشترك فلا يسقطه عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة او مجنونة ولابي حنيفة انه قد اختلف
المشهود عليه قرره في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة
لان الفعل اي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما
اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من ان تكون
فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلاف المشهود عليه واختلاف القول من
اقوى الشبهة انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم

ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في القدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

الشهادة على اثنين او واحد ويؤثر في الحكم لان حاصل ذلك ان الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال والموجب الحد عندهما اذ لا فائدة لابي حنيفة رح في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا اثر له ولا يفيد في المقصود فائدة يعتد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان كان التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو امر مفروض فرضا لا فائدة فيه اصلا ولهذا حمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله ان الشهود اختلفت وليس على احدهما اي على احد الوجهين الذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني ان الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا داخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة اربعة وقول المص يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض انه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه في وجوده بهما **قوله** ولان شاهدي الطواعية لما اندرئ الحد عنها صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم فكان مقتضاه ان تحد احد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقط شهادتهما في حقها انقطعت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف تحتاج اليه عندهما على ما ذكره في جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند ابي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم من كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه واما عندهما فلان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الاكراه اسقطا الى آخر ما ذكرناه **قوله** وان شهد اثنان اي شهد اربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا انه زنى بها بالكوفة والآخران انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل منهما نصاب الشهادة وهو الشهادة اربعة ولا يحد الشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل زنا صار واقذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا لامرأة واحدة وصفة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل ان في الزنا شبهة اوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة اوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا اظهر لقوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة **قوله** وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا اعني حد الرجل مع هذا الاختلاف استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك وجه الاستحسان انهم اتفقوا على فعل واحد حيث

وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس ببدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عندهما فلانا نتيقن بكذب احد الفريقين من غير عين واما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

نسبوه الى بيت واحد صغيرا اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في وجه يظن انه اليه اقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فهو كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة او حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في رواية ثم صار الى اخرى بتحريكها عن الفعل واما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك ايضا قائم في البلدين نعم انما هم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توقيف لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب درؤه اجيب بان التوقيف مشروع صيانة المنصوص عن التعطيل فانهم لو شهد اربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الاخر وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه اجيب بان التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول اذا اختلفوا في الطول والقصر او في السمن والهزال وفي انها بيضاء او سمراء او عليها ثوب احمر واسود تقبل في كل ذلك فهذا استشكل على هذا مذهب ابي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا تحب بالشك وهنا بالنظر الى الراويتين يجب فافترقا **قوله** ولو شهد اربعة انه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن وشهد اربعة انه زنى بها عند طلوع الشمس ببدير هند فلا حد على احد منهم اما عندهما فلانتيقن بكذب احد الفريقين غير عين اذ الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب احدهما بالشك واما في الشهود فلانتيقن بصدق احد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا الا انه يخص بظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل وبدير هند وبدير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن الماء السماء كانت تربيت وبنت هند الدير واقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة ايام امارته على الكوفة فقالت والصليب في مارغبة بالجمال ولا كثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحي فيقول ~ نكحت بنت النعمان بن المنذر ~ والافاعي رغبة لشيخ اعور في عجوز عميا فصدقها المغيرة وقال في ذلك ~ ادركت ما منيت نفسي خاليا ~ بدرك يا بنت النعمان ~ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ~ ان الملوك ذكية الاذهان ~ اني لحالف بالصليب مصدق ~ والصلب اصدق حلفة الرهبان ~ فكانت بعد يدخل عليه فسألها يوما عن حالها فقالت ~ فبينا نسوس الناس والامر امرنا ~ اذا نحن فيهم سوقة نتنصف ~ فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ~ تقلب تارات بنا وتصرف ~ ذكر هذا ابن الشجري في امالية على القصيدة النازلية للشريف الرضي التي اولها ~ نازلت اطرف المنازل باللوى ~ حتى نزلت منازل النعمان ~ ولقد رايت بدير هند منزلا ~ الما من الرضا والحدثان ~ مفض كمستمع الهوان تغيبت ~ انصاره وخلا من الاعوان ~ بالي المعالي اطرقت شرفاته ~ اطراق منجذب القرينة عان ~ وذكرت مشجها الرباط

وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما عنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة ان النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه فلذا سقط الحد عنها ولا يجب عليهم وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او واحد وهم عبيد او محدودون في قذف فانهم يحدون ولا حد على الشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فلم يثبت الحد وهم ليسوا من اهل اداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء وان شهد بذلك وهم فساق او كانوا محدودين في قذف لان الفاسق من اهل الاداء والتحمل وان كان في اداته نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادة فاسق ينفذ عندنا فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا باعتبار قصور في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلا يمتنع الحد ان وسيأتي فيه خلاف الشافعي رح بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة ولهذا لا يعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم شهد عبد او محدود في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة اذ الشهود ثلثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال العبد الضعيف عفا الله معناه اذا كان رجمه على هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجم الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون

بحوه ومن قبل بيع زمانها بزمان ويسارع على المغيرة ذبة بنزع النوار بطيبة الاذخان والنوار من النساء التي تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت من القبح **قوله** وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر بان نظر النساء اليها فقلن هي بكر درئ الحد عنها اي عن المشهود عليها بالزنا وعنهم اي ويدرئ حد القذف عن الشهود وهو احد قول الشافعي واحمد وعند مالك يحد المرأة والرجل اما الدرء عنها فلظهور كذب الشهود اذ البكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد وقيل ان يقال ان لم يتعارض بشهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز ان تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغي ان لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب ان تبطل بشهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة او لا لا بد ان يورث شبهة بها يندرئ وكذا يسقط بقولهن هي رتقاء او قرناء ويقبل في ذلك قول امرأة واحدة واما عن الشهود ولتكامل عددهم في الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن قولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل انه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا او لكذبهن **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه الاصل ان الشهود باعتبار التحمل والاداء انواع اهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل واهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس اهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والمجانين والصبيان والكفار واهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته ويثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها لينظر صدقه اولى فلا والثالث لا شهادة له اصلا حتى لا يعتبر فيما لم تعتبر الاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم يقبل اذا عرفت ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا اهلا للاداء والعبد ليس اهلا للتحمل ايضا فلم يثبت شهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد اربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم اهلا للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفاسق نفذ غير انه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وياتي فيه خلاف الشافعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة وكذا قال احمد في رواية عنه **قوله** وان نقص عدد الشهود عن اربعة بان كانوا ثلاثة فاقل حدوا حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فيتوقف على طلبه وهذه اجماعية لقوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة ابو بكرة ونافع وعلقمة وجهم بن معبد ولم يكمل بشهادة زياد حد عمر رض الثلاثة الشهود بمحضر من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوه لام واسم امهم سمية واما وجه من جهة المعنى فلان اللفظ لا شك في انه قذفه وانما تخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة ولا تعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم رجع حاصلها انه اذا حد بشهادة شهود جلدا

لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع عند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابي حنيفة رح ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا لا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه لانه لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه بردّ شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم في الامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل ومتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لانتفاء

فجرحه الجلاد مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او عمى او كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود حينئذ اقل من اربعة ومتى كانوا اقل حد واحد القذف ثم قال ابو يوسف ومحمد ارش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال ابو حنيفة رح لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر احد الشهود على ما ذكرنا قدمته على بيت المال اتفاقا قال المصنف وعلى هذا اذا رجع الشهود بعد ما ضرب فجرح او مات لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر انه لا يحسن كل الحسن لفظ وعلى هذا هنا لان مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كالخلاف المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو ان الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شيء وقال الشافعي ومالك فاحمد الارش والدية على الحاكم **قوله** لهما ان الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم فصار كالمباشرين لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه او مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا اما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا الخ وهو ما اذا اراد لقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين في جنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الامر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين او عبيدا الخ في بيت المال اتفاقا **قوله** ولابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فتضمين هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر ايضا ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه فلا يعتد الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطاؤه ومصلحته عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطائه عليهم في مالهم لانه الغرم بالغنم اما الجلد الخارج فلم يقض به فلا يلزمه ليكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد الا انه لا يجب عليه الضمان في الصحيح لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم يجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضي ليثبت في بيت المال لم يجب اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا وجه من جملة احترازه عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع **قوله** وان شهد اربعة على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها اي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة زيادة شبهة لتحققها في موضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بنينا زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما ارجم واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعي يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات ان شاء الله تعالى واما الحد فمذهب علمائنا الثلثة انه يحد لانه ان كان الراجع قاذفا حتى فقد بطل بالموت وان كان قاذفا ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيصير للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذف غيره لانه غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حد واجميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد وزفر حد الراجع خاصة لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حد واجميعا وقال زفر حد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة بالاتصال القضاء به فاذا لم يتصل بقي قذفا فيحد من

والزم القضاء بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة النساء معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم ان الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه انه يحتاط في درء الحد عن المشهود به لو كان الاحتياط ردها كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولانها بدل واعتبار البدل في موضع يحتاط في اثباته لا فيما يحتاط في ابطاله فان جابر الاصول يعني الاصول شهدوا بالمعاينة بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعينه لا يقبل ايضا لان الشهادة هؤلاء الاصول قد ردها الشرع من وجه برده الشهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الاصول اذ هم قائمون مقامهم فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه بالزنا ثم لا يحد المشهود الاصول ولا الفروع لان عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم قذفا غير انه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا توجب حد القذف على الشهود **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوده برجوع واحد ثلاثة اما قبل القضاء او بعده قبل الامضاء او بعده ذكرها المص كلها فذكر اولا اما اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وان حكمه انه وحده يغرم ربع الدية اما غرامة ربع الدية فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباعها فتكون التالف بشهادة الراجع ربعها لاتلافه بها ربع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على اصله في شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المص وسنبينه في الديات قيل وقعت الحوالة غير واضحة لانه لم يذكر فيه واما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذفا حي برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه برجمه يوجب شبهة في احصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا **قوله** ولنا الخ حاصله اختيار الشق الثاني وهو انه قذف ميت ثم نفي الشبهة الدارية لحد القذف عنه اما انه قذف ميت فلان الرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لا انه بالرجوع يتبين ان تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير ان بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا انه يتبين انه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشتري البيع مع البائع بعد موت المشتري يثبت به الملك في الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر احدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفه لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور احدهم عبدا لانه قذف حيا فمات واما ان كونه مرجوما ليس شبهة في حقه دارية للحد عنه ولانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ تلاشا فكانه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المص رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم اي بعد القضاء قبل الامضاء حدوا جميعا وقال محمد وزفر يحد الراجع وحده لان الشهادة تاكدت بالقضاء

فان كانوا خمسة فرجع احدهم فلا شيء عليهم لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربع فان رجع آخر حد وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين حينئذ الى حقه ره معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد ره هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم اما اذا قالوا اخطأنا فكما اذا اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على الشهود عليه خيرا بان شهدوا على احصانه ولهما ان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى جملة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بينما اذا شهدوا بالبلغة الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والابتداء اما اذا قالوا هم عدول وهم عبيد لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا احياء وقد مات فلا يورث عنه

فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبيل الامضاء انما يؤثر في فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء ولهما ان الامضاء اي استيفاء الحد من القضاء وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت اسباب الجرح في الشهود او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حد واجميعا وهو قول الائمة الثلاثة وقال زفر يحد الرابع خاصة لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فيبقى شهادتهم على ما هي عليه لانقلب قذفا ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فيبقى قذفا فيحدون والاولى ان يقال كلامهم قذف في الاصل وانما تصير شهادة ما دام بصفة ايجاب القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع من الاداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع احدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى **قوله** وان كانوا خمسة عطف على اول المسئلة ولو شهد اربعة ورجع احدهم اي بعد الرجم لا شيء عليه لا حد ولا غرامة لانه يبقى بعد رجوعه من يبقى شهادته كل الحق وهو الشهادة الاربعة وهو قول الائمة الاربعة سوى قول الشافعي في غير الاصح عندهم وان رجع آخر مع الاول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو انهما ان قالا اخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمسانا وفي وجه ربعا كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان اما الحد فلما ذكرنا يعني من ان الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لان رجوع الثاني هو الموجب للحد واما الغرامة فلانه يبقى من تبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وزكوا بان قال المزكون هم احرار مسلمون عدول اما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا فان زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا او عبدا فاما ان يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم احرار مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين فاذا ما ظهر كفرهم وان اخطأنا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق الصورة الرجوع التي فيها الخلاف الى ان يقولوا تعمدنا فقلنا هم احرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال ابو حنيفة رح الدية على المزكين وقال ابو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المص فقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان يرجعوا بهذا الوجه او باعم منه وليس كذلك لهما انهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة او التسبب او عدم المباشرة ظاهر وكذا التسبيب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو اثنوا على الشهود عليه بالاحصان فكذا لم يضمن الشهود الاحصان بعد رجم الشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا النسب كذلك لا يضمن المزكون ولابي حنيفة ان الشهادة بالزنا انما تصير حجة ملزمة

واذا شهدوا على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه فوجد الشهود عبيدا فعليه قاتل الدية وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فادرث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه قتله مباح الدم معتمدا على دليل صحيح فصار كما اذا قتله حربيا وعليه علامة متوهمة ويجب الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد ويجب ذلك في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم فوجد واعبيدا فالدية على بيت المال لانه استقل الامام فيقتل فعله اليه ولو باشره بنفسه يجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يباشر امره واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة كما شبه الطبيب والقابلة

الحكم بالرجم على الحاكم بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة لا تلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا تغليظها بل الزنا هو المرجب فعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة البدن فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت شهادة به الشهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم افاد المصنف لا يشترط في التزكية لفظ الشهادة بان قالوا نشهد انهم احرار الخ بل ذلك او الاخبار كان يقولوا انهم احرار وكذا لا يشترط مجلس القضا اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكي عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين في سائر الحقوق والاربعة في الزنا وتجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لانهم قذفوا حيا فماتت ولا يورث استحقاق حد القذف واعلم انه وقع في المنظومة قوله على المزكين ضمان من رجم ان ظهر الشاهد عبدا ثم فعلم واوجبوا ضمان هذا المتلف من بيت مال المسلمين فاعرف وفي المزكين اذا هم رجعوا كذا وقالا عزروا واوجبوا وفي المختلف بالوفاق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال في المصفى شرح المنظومة وهذا اشكال هائل فانا ان اولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وان لم يأولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل ان يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه انه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل ان يأول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر المشهود عبيدا او رجع المزكون ايضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب فالتفاوت ظاهر انتهى وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط واما التعزير بهم فاتفاق وقول صاحب المجمع ولو عبدا لا شهدوا فمزكوا فرجم ثم ظهروا واحدهم عبيدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا الا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل افاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف ولا ينفرد الظهور بتضمين الخلاف بل الاتفاق انه في بيت المال كما سيذكر وينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه ابو حنيفة لو على هو بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير ان من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب الضمان على الخلاف ولم يذكر في الاصول كالجامع والاصل **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه الخ اسوفي اقتصاها في كافي حافظ الدين فقال ان شهد اربعة على رجل بالزنا فامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا او خطأ لا شيء عليه وان قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف فالقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر عن الشهود عبيدا تبين ان القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهو قد حرر رقبته فلو يوافق امر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان يجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فادرث شبهة الاباحة وهذا لانه لو تعذر ظاهرا وباطنا يثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون وجه يثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعني فيقتص منه في العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن انه حربي وعليه

واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط
لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعتبر الرجعة والاحصان يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد
عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم عنده فالزفر والشافعي رح فالشافعي رح على اصله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وعند زفر يقول انه
شرط في معنى العلة لان الجناية يتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه فصار كما
اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه اعتقه قبل الزنا فانه تقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الجمال
الحيدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت
بشبهة اذ اذا لا يثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به المسلم فان رجم شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

ثم ظهر انه غلام وعليه الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب
موجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن وما في الكتاب
لا يخفى بعد ذلك وقوله وان رجم ضبطه الاباذي بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل في قوله فضرب رجل عنقه وليطابق قول
السرخسي في المبسوط واما ما في مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبدا تجب الدية في بيت المال لما
ذكرنا يعني في مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هذا اي
الرجل القاتل بالرجم بعد امر القاضي بخلاف ما اذا ضرب عنقه ثم ظهروا عبدا تجب الدية في ماله كما ذكرنا لانه لم يأتمر امره فلم ينتقل فعله
اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه منها لانه لم يخالف **قوله** واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا لا نعتمد النظر
الى فرجها قبلت شهادتهم وبه قال الشافعي في المنصوص ومالك واحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر
الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد في الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة
فزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرتق والقرن في حق المرأة اولى وان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا
نعتمد النظر للتلذذ لا تقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء انه لا تقبل شهادتهم الا اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل انه وقع اتفاقا لا
قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه
يرجم قال المص معناه انه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط اي شرائط الاحصان لان الحكم شرعا بثبوت النسب منه حكم بالدخول اي يستلزم ذلك وكذا لو طلقها طلاقا تعقب الرجعة وكانت
غير مدخول بها بانت بالواحدة البصرية والغرض انها مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع فاقرارهما اولى وعلى
كون المعنى ما ذكر المص من ان الغرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه ان بينها نكاحا صحيحا فما عن الائمة الثلاثة الشافعي
ومالك واحمد من انه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول على وجه الصحة ليس بخلاف لان الفرض انها امرأته لا يكون من وطء
بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا موكدا على وجه الدوام والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة
قوله فان لم تكن ولدت له وشهد عليه الخ والمقصود من هذه ان الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك
واحمد الا ان المبنى مختلف فعندهم شهادتهن في غير الاموال لا تقبل وعند زفر قبلت الا انه يقول الاحصان شرط في معنى العلة
والشأن في اثبات انه في معنى العلة وما فيه لانه الحد ازدفاع لان تغليظ العقوبة تثبت عنده بخلاف الشرط المحض فاشبهت حقيقة
العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم وهو محصن انه اعتقه
قبل زناه لا تقبل مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة لما ذكرنا من انه شرط في معنى العلة
فصار كشاهد شهد على زناه اذا كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من اصله هذا وهو انه شرط في معنى العلة انه اذا رجم شهود الاحصان
يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون اذا كان علامة محضة ولنا في نفي انه في معنى العلة ان الاحصان ليس الا اعتبارا عن خصال
حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه السلام ومن شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه

فلا يتصور كونها سببا للعقوبة ولا سببا لسببه فان سببها المعصية والاحصان لسبب الموضع مانع من سببية العقوبة لانه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل ان يكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا انه يختلف الحكم ففي حال الاحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا بخصوص الحكم الثابت بالزنا اعني خصوص العقوبة والعلامة المحضة قط لا يكون لها تاثير فلا يكون علة ولا ما في معناها فكيف يضاف الحكم اليها وظهر ان الواقع ان الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة يظهر ما يثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل جاز ان يدخل في اثباته شهادة النساء كما لو شهدتا مع الرجل بالنكاح من غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق ان شهد عليه بالزنا ليس انه يرجم كذا اذا شهدتا بعد ظهور الزنى به فكما ثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور زنى لفلان عليه فشهد اثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هذا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين على الذمي بشهادتهما عليه بالاعتاق وانما لا يعتق بسبق التاريخ لانه ينكره العبد المسلم اذ يتصور به فلا ينفذ شهادتهما عليه لانه تتغلظ العقوبة فتصير مائة بعد ان كانت خمسين واستشكل كونه ليس في معنى العلة للحد بانه لو اقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا يقبل بينة الاحصان حتى بلا دعوى فيجب ان يشترط في الشهادة به المذكورة كالتزكية عند ابي حنيفة اجيب بان صحة الرجوع لا يتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا كذب له فيه اذا رجع عنه ولا كذب له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه في رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة فحين تثبت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسمع بلا دعوى عند ابي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج **فروع** من المبسوط شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان انه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهدا انه اقر بها او آلاها اذ ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما ان الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار مثبتا مع النكاح والتزويج والنساء قال تع من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت كشادتهم على الجماع ولو شهد اربعة على الزنا بفلانة واربعة غيرهم شهدوا به بامرأة اخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا دية اجماعا وحدوا للقذف عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كان الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما ان كل فريق اقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفوه بغير حق ولو شهد اربعة على رجل بالزنا فاقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا يبطل اي باقرار معتبر اذ الاقرار مرة هذا كالعدم وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر لا حكم لاقراره فبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة

باب حد الشرب قدم حد الزنا عليه لان سببه اعظم وجبر ما ولذا قال حد واشد واخر عنه حد القذف المتيقن بسببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا وآخر حد السرقة وان كان اشد لان شرعيته لصيانة اموال الناس وصيانة الانساب والفعل اكد من صيانة المال بقي انه آخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية النفس عن كل ما تكره **قوله** ومن شرب الخمر

فان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه عند محمد بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل لمن يقولون لي انكه شربت مدامة ؛ فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا ؛ وعندهما يقدر زوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فيه فان وجدتم ريحه الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى دلالة على الشرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال

فاخذوا الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها ويعرف كونه سكران بطريق الدلالة او سكران اي جاؤا به اليه سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك اي بالشرب في الاول وبوجود السكر منها في الثاني وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منهما مقيد بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب ان يثبت عند الحاكم ان الريح قائم وال الشهادة وهو بان يشهدا به والشرب او يشهدا به فقط فيامر القاضي باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بان ريحها موجود واما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد ان يشهدا بالشرب ويقولا اخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم اخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما علمنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند ابي حنيفة وابي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني ان يشهدا بانه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة والاقرار لم يتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه اخرجه اصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية وروي من حديث ابي هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذي سمعت محمد بن اسماعيل يقول حديث ابن صالح عن معاوية اصح من حديث ابي صالح عن ابي هريرة رض وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل اخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحاق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظه فراى المسلمون ان الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع رواه البزار في مسنده عن ابي اسحاق ان عليه السلام اتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة امر فجلد الحد فكان النسخ ورد في الود اود في سننه قال ثنا احمد بن عبدة الضبي ثنا سفيان قال الزهري انبانا قبيصة بن ذويب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده ثم اتي به فجلده ثم اتي به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة قال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما يكونا وافدي اهل العراق بهذا الحديث انتهى وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا احسن مما اثبته به المصنف في كتاب الاشربة من قوله عليه السلام لا يحل دم امرء مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن ان يوجد بالنسخ الاجتهادي تعارضا في القتل فترجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض **قوله** وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها او ذهب السكر من غيرها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه اي هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا انه سنة اشهر او تفويض الحد الى راي القاضي او يشهر وهو المختار وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا وانكه يوزن امنع فكه من بابة اي الظهر رائحة فمه وقال الآخر سفرجلة تجلى ثدي النواهد لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد فظهر ان رائحة الخمر مما يلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام بوجودها ولا بد بها ولو سلمنا

وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رح كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رض ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رض وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا

إنما تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لأن المعقول يفيد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الأداء تأخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قوله ابن مسعود رض وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه مرمروه واستنكهوه فغلوا فرفعه إلى السجن ثم عاد به من الغد وعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت وزة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك واعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه إسحاق بن راهويه أخبرنا جرير بن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابرية ورفع دفع بأن محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها إلا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا إقرار إنما فيه أنه حده لظهور الرائحة بالترترة والمرمرة التحريك يقال والترترة والثلثة التحريك وهما تابعين شناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا ؎ بعيد مساف الخطو غوج شمردل ؎ تقطع أنفاس المهاري ثلاثة أي حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع ثلاثة أنفاس المهاري أنه إذا بارى في السير ظهر في أنفاسها الضيق والتتابع لما يجدها وإنما فعله لأن بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود رض أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبينا هو يكلمه إذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد فأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر رض بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والإقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعي ورواية عن أحمد والأصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكرنا عن عمر يعارض ما ذكر عنه غير من وجد منه الرائحة ويترجح لأنه أصح وإن قال ابن المنذر ثبت عن عمر رض أنه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد تاما وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها مقرا أن يراد ويدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمرمرة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيجده فإن صح فتأويله أنه كان رجلا هو لعابا شرب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه وأما قوله ولأن الرائحة من أقوى دلالة على القرب وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما تشتبه على الجهال فليس بمفيد لأن كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لأن القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لأن ذلك حين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة وهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح قوله وأما الإقرار والتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الإقرار بالتقادم اتفاقا على ما مر تقريره من أن البطلان للتهمة والإنسان لا يتهم على نفسه وعندهما لا يقام الحد على المقر بالشرب إلا إذا أقر عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رض ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رض

فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او هو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم به في مثله ومن سكر من النبيذ حد

وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا بمعنى انه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرب واما اضافة ثبوته على الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عم الخ فقيل لانه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى ان هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص وهو قول ابي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصري انه لا يثبت به اشكل عليه جعله اياه اول الاصل فان لم يره اشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وانت علمت انه انما الزم قياسها عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هو اعظم عندي من القول ان يبطل الحد بلا اقرار واذا اقر قيم عليه الحد وان جاء بعد اربعين عاما

قوله فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران من غيرها وريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا به الى مصر فيها الامام او مكان بعيد فانقطع ذلك اي الريح قبل ان ينتهوا به اليه حد في قولهم جميعا لان التاخير الى انقطاعها لعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التاخير والاصل ان قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد **قوله** ومن سكر من النبيذ حد فالحد انما يتعلق في غير الخمر من الانبذة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كلما اسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عم كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع اما السماع فتارة بالاستدلال على ان اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر رض نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية احمد وابن حبان في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام واما ما يقال ان ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخاري عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث انس كنت ساقي القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفي صحيح البخاري قول عمر رض الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذا كلها محمولة على التشبيه بحذف اداته فكل مسكر خمر كزيد اسد اي في حكمه وكذا الخمر من هاتين او من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات اللغوية والعرفية يقول السلطان هو فلان اذا كان فلانا فهذه الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه اي المحرم لم يقتصر على ما من العنب بل كلما كان مثله من كذا وكذا فهو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم في التشبيه عموم وجه في كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التي هي غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها في الجملة اما قليلها وكثيرها او كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو ان الثابت في اللغة من تفسير الخمر بالتي من العنب اذا اشتد وهذا مما لا شك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد لطول الكلام بايراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رض حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء اخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم انه انما اراد ما من العنب لثبوت انه كان بالمدينة غيرها لما ثبت من قول انس وما شرابهم يومئذ اي يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر فعرف

لما روى ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من نبيذ وسيبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق عليه ان شاء الله تعالى

انما اطلق هو وغيره فيه الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه واما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى ابو داود والترمذي من حديث عائشة رض عنه عم كل مسكر حرام وما اسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام وفي لفظ الترمذي فالحسوة منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه واجود حديث في هذا الباب حديث سعد بن ابي وقاص انه عم نهى عن قليل ما اسكر كثيره اخرجه النسائي وابن حبان قال الترمذي لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو احد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص قد احتج به الشيخان وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الروايات القليل وما اسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي اسكرتك اخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج بن ارطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن مسعود رض هذا فقال حديث باطل على انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روي عن ابن عباس رض من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب لم يسلم نعم هو طريق جيدة نهى عن ابن عون عن ابن شداد عن ابن عباس رض حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفي لفظ وما اسكر من كل شراب قال وهذه اولى بالصواب من حديث ابن بشر مة فهذا انما فيه تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه اقوى وجب ان يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لم يثبت ترجح المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الا بسمع او بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ولاصحابنا فيه منع خصوصا وعموما اما خصوصا فمنعوا ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عم حرمت الخمر بعينها والمسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المص بما ذكره في الاشربة من نفي تعليلها بالاسكار لان لم يذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها اي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى يثبت العلة وهي الاسكار او مظنته من الكثير لان حرمتها ليست معللة اصلا بل هي معللة بانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان كان القدوري مصرا على منع التعليل اصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذي يضره كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المص ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث المبني بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لفظه لا يدعو وهو في نفسه غذا ولا يخفى بعد هذا ان اعتبار دعائه القليل الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلوة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما اشار النص الى عليتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم فاذا فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث ابي هريرة رض فاذا سكر فاجلدوه

ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه واضطرار فلا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شربه للمكره لا يوجب الحد

الحديث فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فموجبه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب ان يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر يفني فائدة التقييد بالسكر لان في الخمر يحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد لغيرها انه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها ما روى الدارقطني في سننه ان اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من اداوتك فقال عمر انا جلدناك بالسكر وهو ضعيف لسعيد بن ذي لغوه ضعيف وفيه جهالة وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر بن الخطاب رض سار رجلا في سفر وكان صائما فلما افطر اهوى الى قربة لعمر رض معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر رض انما جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عند ذي القطاع واخرج الدارقطني عن عمران بن داور عن خالد بن دينار عن ابي اسحاق عن ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكر سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو فيه مقال وروى الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي ان رجلا شرب من اداوة علي رض بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن ابن عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس رض قال في السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد بالقليل غير ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمص قيد وجوب الحد بقوله ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكرنا انه يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند ابي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق سكران منها كالمثلث الا ان المص في كتاب الاشربة قال وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد وانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليها اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة وسفيان انهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى راسه وطلق امرأته هل يقع قالا ان كان ليعلمه حين شربه ما هو يقع **قوله** ولا حد على من وجد به ريح الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة فلا يثبت مع الاحتمال ما يندرئ بالشبهات وكذا الشرب قد يكون عن الاكراه فوجوده عينها في القئ لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب واورد عليه انه قال عن قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وههنا عكس قال وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي ان يحد ولم يقل به احد ونقل ايضا عنه ان التمييز لا بمعاينة ونظر فيه بان من عاين الشرب يبني على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية

ولا يحد حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الخمر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض

اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان انتهى فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر بالرائحة فكون المص جعل التمييز قيدا للاستدلال لا ينافي حالة العيان ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي ان يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك ان المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء اما الموضع الثاني وهو عدم الحد لوجود الرائحة والنفي فظاهر وطريقه انه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درءا كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال فان كان ملزوما لشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في ازمنة كثيرة متاخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وصحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والقي الاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة اذا لم يكن التمييز الا مع الاحتمال **قوله** ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة الفعل او غلبة الطرب والشرح تخفف الالم حتى حكي ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه باخلاط ثقيلة لزوجة بركبتيه لا يقلعها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين مما زجا ليس بصحيح والا فصح هذه الجمرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى اكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت او ازالها بعض الحاضرين الشك منى فلما افاق وجد ما به من جراحة النار البالغة ورمت ركبته مكث بها مدة الى ان برئت فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول يا ليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع اصلا في حال صحوه ان يفعل مثل ذلك بالاخرى لتستريح من الهما ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الا حال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غيرها ثمانون سوطا وهو قول مالك واحمد وفي رواية عن احمد وهو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو راى ان يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المص على تعيين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كنا نأتي بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وارديتنا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى عتوا او فسقوا جلد ثمانين واخرج مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر ودنى الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان تجعله كاخف الحدود فجعله عمر ثمانين وفي الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب ارى ان تجلده ثمانين فانه

يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف

اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروي الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا واخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصا حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان قال عمر ما ذا ترون فقال علي رضه اذا شرب الخ وروى مسلم عن انس قال اتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحوا الاربعين وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيكمن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة واخذت اخرى ولا ينافي ثمانون ويكون مما راى عمر في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله انه استشار فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى عليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله وفعله ابو بكر يبعده والا لزم ان ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف ابي بكر والله اعلم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رضه قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسنه فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا انه امر بضربه فهذه الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عم بعدد معين ثم قدره ابو بكر وعمر باربعين ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عم عدم تعيينهم لعلمهم بانه عم انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم راوا اهل الزمان تغيروا الى نحوه واكثر على ما تقدم من قول السائب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان فساد اهل اكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عم في امثالهم واما ما روي من جلد علي اربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضه اتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد انه راه شربها وشهد الآخر انه راه يتقيأها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي قم عليه الحد فقال علي للحسن اقم عليه الحد فقال دل حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلد وعلي يعد الى ان بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي **قوله** ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا ونقل من قول ابن مسعود رضه للضارب اعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الرأس ايضا وتقدم

قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا اي الشرع اظهر التخفيف مرة بنقصان العدد ولا يعتبر ثانيا بعد التجريد والاقارب المقصود من الانزجار للفوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفها الروث والنجس للضرورة قلنا الضرورة قد اثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها فلا تخفف مرة اخرى وله ضده في الصلوة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة ان لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وتقدم

قوله وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا

ومن اقر بشرب الخمر او السكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رحمه الله يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة وقال العبد الضعيف هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو الذي يهذي ويخلط كلامه لانه هو السكران في العرف واليه مال اكثر المشائخ رحمهم الله ويؤخذ في اسباب الحد وباقصاها درء الحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالاجماع اخذا بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر طهوريته في مشيته وحركاته واطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره

ان حد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون **قوله** ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تع ولا يكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سببه لان اقراره بالسكر من غير الخمر انما في حال سكره ولا يعتبر اقرار السكر كما سيأتي او بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه **قوله** ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت باقراره مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين وقوله سنبينها هناك اي سنبين هذه المسئلة في الشهادات ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال ولا نعلم في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي في شهادة النساء شبهة البدلية لقوله تع فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانها لو شهدت تامة مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وفي الكشاف ان تضل اي لا تهتدي الشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احداهما الاخرى اي تزيل نسيانها **قوله** والسكران الذي يحد لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفة هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا او لا يعقل الرجل من المرأة زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض ولا السماء وقالا هو الذي يهذي ويخلط وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المص والمراد ان يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شيء واليه مال اكثر المشائخ واختاره للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي سمي سكرانا وتابيد بقول علي اذا سكر هذا ولابي حنيفة رحمه الله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها درء بدليل الالزام في شهادة الزنا ان يقول كالميل في المكحلة وفي السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد واما في ثبوت الحرمة فما قالا فالاحتياط في امر الحد في الحرمة وانما اختار وللفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك انه حيث قال يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها فقد سلم ان السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وانه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما انيط في الدليل الذي اثبت حد السكر بما يسمى سكرا الا بالمرتبة الاخيرة منه على ان الحالة التي ذكر قلما يصل اليها سكران فيؤدي الى عدم الحد بالسكر وقوله من دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو ممنوع بل اذا حكم العرف او اللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره فبقي الحد لا ثبوت شبهة صحوه وروي بشر عن ابي يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد ممن يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرسها اصلا قال بشر انه قال لابي يوسف كيف امر بها من بين السور فقد يخطئ فيها العاقل الصاحي قال لان الله بين ان الذي عجز عن قراءتها سكران يعني به ما في الترمذي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلوة فقدموني فقرأت قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون فانزل الله تع يا ايها الذين آمنوا لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي ان يعول على هذا بل ولا يعبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل

ولا يحد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته

يا ايها الكافرون يقول لا احسنها الآن بل يندفع قاريا فيعيد لها الى الكفر ولا ينبغي ان يلزم احد بطريق ذكر ما هو كفر وان لم يوافق به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم سوى ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر العرف عليه وعرف مما ذكر ان من استدل لابي حنيفة رضه بهذه الآية على ان السكر هو ان لا يعقل منطقا الخ غريق في الخطأ لانها في علي واصحابه ولم يصل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم ادركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد من قوله واما قوله تع حتى تعلموا الآية فانما اطلق لهم الصلوة حتى يصحو كل الصحو بان يعلموا جميع ما يقولون حسبه ان يبدلوا البعض ما يقولون وليس منه اي من مراتب السكر كذا وكذا بل ان من يصل الى ذلك الحد الذي كانوا فيه يسمى سكرانا وكون المقدار الذي هو سبب الحد ما هو لا تعرض له بوجه وقول المص والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته واطرافه يفيد ان المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قالا دبالاجماع الاجماع المذهبي والا لم يكن للشافعي قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بانه قلده فخر الاسلام وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنبه وان قل ولا يعتبر السكر اصلا ولا يخفى انه ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر مطلقا ما هو اعتقاد الناقل ان الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل انه لما قال يحد بالسكر عنه ناحد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي مفصلا عن الامام اي هو باعتبار اقتضائه الحد هو اقصاه باعتبار حجر الحرمة هو ما ذكرت وجاز ان يكون بعض من فسر السكر بسكر لا يحد وانما فسره باعتبار آخر كان حلف بطلاق او عتاق ليشربن حتى يسكر فيجده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم البطلة بان هذا لا يتفاوت اي لا ينضبط فكم من صاح تمايل ويزلق في مشيه وسكران ثابت لا ينضبط لا ينضبط به ولان الذي وقع في كلام علي رضه بحضرة الصحابة الاعتبار بالاقوال لا بالمشي حيث قال اذا سكر هذا الخ قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه اي بالحد والخالصة حقا لله تع كحد الزنا والشرب والسرقة الا انه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع وانما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تع لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم ان السكران لا يثبت على شيء وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التي يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزم الحكم بعد صحوه بانه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة انه يكذب على نفسه مجنونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندرئ عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مواخذ به لان غاية الامر ان يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذي ينبغي ان يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول ابي حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه في التحريم لانه ادراء للحدود ومنه لو اعتبر كقوله فيه في ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه ادخل الآفة على نفسه فاذا اقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي ان يكون معناه انه اقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة او مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد لاقراره بالسكر

ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وفي ظاهر الرواية تكون ردة

باب حد القذف

وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد والاستحقاق وباعتبار الاستحقاق حكم بكفر الهازل بل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استحقاق لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي ان السكران الذي لا تبين امرأته هو الذي لا يعقل منطقا كقول ابي حنيفة في حده والظاهر انه كقولهما وكذا لم ينقل خلاف في انه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع انهما لم يفسر السكران بغير ما تقدم عنهما فوجهه ان ابا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا لدرء الحد ولا شك انه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه فعلى المفتي ان يميل اليه ويبني عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر اقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله تع فان كان في الواقع قصد ان يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان قوله تع لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لا يقربها بذلك والا لجاز له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة اصلا فهو خطاب الصاحي ان لا تقربها اذا سكر فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شيء ما او لا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك ان تحقق الخطاب ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا في حق الردة لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستحقاق اعتبار مخالف لاعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضي انه بعد ما عقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في اصل الدين رحمة عليه في ذلك خصاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف بالمتقدم فانه لم يحكم بكفر القارئ مع اسقاط لفظة لا من قل يا ايها الكافرون ولا شك ان ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث درك اصلا لا يرى الا انهم ادركوا وجوب الصلوة وقاموا الى الاداء فعلمنا ان الشارع رحمه الله في اصل الدين وعاقبته في فروعه ولهذا صححنا اسلامهم ولولا هذا الحديث لقلنا بردته فان لم يكن له درك لم تصح من الكافر السكران اسلامه مما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذي ذكرناه وهو ان هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى اقصى السكران كان من غير قصد اليها كما قرأ على قل يا ايها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تع بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره في القضاء لان القاضي لا يدري من حاله الا انه سكران يتكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله اعلم

باب حد القذف تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشيء وفي الشرع الرمي بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تع ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا في الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عم اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هي يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله واكل الربو واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات متفق عليه وعنه عم من اقام الصلوة الخمس واجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيمة ليدخل من اي ابواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تع والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غيره لا يجب الحد

واذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى ان قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمي بالزنا بالاجماع وفي النص اشارة اليه وهو اشتراط اربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف بالزنا قال ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا

بل التعزير وفي النص اشارة اليه اي الى ان المراد الرمي بالزنا وهو اشتراط اربعة من الشهود يشهدون عليها بمباشرتها عليه به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شيء يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة اربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغناء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال رفع عار ما نسب اليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت اهلية الاجتهاد

قوله اذا قذف الرجل رجلا محصنا او امرأة محصنة بصريح الزنا بان قال زنيت او يا زاني وطالبه المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان القاذف حرا وان كان عبدا حد اربعين سوطا شرط الاحصان في المقذوف وهو ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن احمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن ابي ليلى يحد بقذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسياتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال اشهد انك زان فقال الآخر وانا اشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال وانا اشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد قطع كلامه وانت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال لست ابن زانية او ابي فانه لا يحد وبه قال الشافعي واحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن احمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي انه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدلالة من القرينة صار الصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فلنا رايناه جرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة واباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز ان يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه واما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله ان امراتي ولدت غلاما اسود ويعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد اورد ان الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وبرده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات فاجيب بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق ان دلالة المقتضى في ذلك لما سيذكر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد ان يكون بتصريح الزنا بين ان يكون بالعربي والنبطي والفارسي او غير ذلك ولا يحد لو قال لها زنيت بحمار او بعير او ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال زنيت بناقة او اتان او ثوب او درهم حيث يحد لان معناه زنيت واخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قال يا هذا الرجل لا يحد لانه ليس المعروف في جانبه اخذ المال ولو قال زنيت وانت صغيرة او جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا يقول له اشهد اني رجل انك زان لانه هاك كقذف غيره ولا يقول انت ازنى من فلان او ازنى الناس او ازنى الزناة لان افعل في مسئلة يستعمل للترجيح في العلم فكانه قال انت اعلم به وسياتي خلافه في فروع ذكرها واما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فمطالبة من يقع القدح في نسبه ثم ان نفيه من غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر واورد ينبغي ان لا تشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان

ولا يجرد من ثيابه لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو لان ذلك يمنع ايصال الالم به وان كان القاذف عبدا جلد اربعين سوطا لمكان الرق والاحصان ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا اما الحرية فلانه ينطق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادقا فيه

حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيسر مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان تصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين وانتفى الحد في الشيخين الا بنفسه ولو قال لرجل يا زانية لا يحد استحسانا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد والشافعي رح يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال انت محل للزنا لا يحد ولو كان التاء للمبالغة مجازا لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة والحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يا زاني حد عندهم لان الترخيم شائع ويفرق على اعضائه لما مر في حد الزنا قوله ولا يجرد من ثيابه الا في قول مالك لانه سببه وهو النسبة الى الزنا كذا غير مقطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للقرية والمعلوم لهما هنا نفس القذف فايجابه التدليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة وحكما لعدم اقامة البينة قال تع فاذلم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تع منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاتيان بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل اما عند العجز فانما هو تشنيع وتعلقه بما يلحقه فلا فائدة بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو اي الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر عدمه لكان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو او قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا قوله والاحصان ان يكون المقذوف حرا الخ قدمنا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف او شهادة رجلين او رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما لم يعلم انها محصنة وكذا اذا انكر الحرية ليحد حد الارقاء والقول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف عليه بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حده شافعي وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تع فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحرائر فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان الا ما اجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جار بمعناه وهو قوله تع والمحصنات من النساء اي المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تع فاذا احصن قال ابن مسعود اسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تع والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف واما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن احمد ان الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد لعلة الحاق العار بمثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل بصبي او مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالمحرمات ولو فرض لحوق عار المراهق فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا اولى من تعليل المص

ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة لانه في الحقيقة قذف لامه
لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو
قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة نسبه وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته اباه في اسباب المروة

بعدم تحقق فعل الزنا منها لانه ماول بان المراد بالزنا الموثم والا فهو يتحقق منها او يتحقق منها الوطي في غير الملك لكن القذف انما يوجب
الحد اذا كان بزنى موثم صاحبه وبه يندفع الايراد القائل اذا لم تحقق الزنا منها فينبغي ان يحد قاذف مجنون زنى في حالة جنونه لكنه لا يحد
وان كان قذفه حين افاقته فانما اشترط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار
آخر فهو صدق وحد القذف للفرية لا للصدق وفي شرح الطحاوي في العفة قال لم يكن وطي امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره
فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطي في غير الملك او وطي جارية مشتركة
بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطيها في الملك الا ان يحرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة لا يسقط عدالته كما اذا وطي امرأة
في الحيض او امته المجوسية ولا يسقط احصانه وان كانت موبدة سقط احصانه كما اذا وطي امه وهي اخته من الرضاع ولو مس
امرأة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها او اخها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط ولو وطي امرأة
بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند ابي حنيفة في بنت الممسوسة بشهوة لان
كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها **قوله** ومن نفى نسب غيره فقال له لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة وكذا
اقتصر عليه الحاكم في الكافي وعلله في الهداية بانه في الحقيقة قذف لامه وكانه قال امه زانية لانه اذا كان لغير ابيه ولا نكاح لذلك الغير
كان من زنا ولقيل فعلى هذا كان الاولى ان يقال اذا كانت محصنة حتى يشتمل جميع شرائط الاحصان واورد عليه انه لا يجوز ان لا يكون
ثابت النسب من ابيه ولا تكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة او نكاح فاسد الجواب المراد انك لست لابيك الذي ولدت
من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا اطراد مع بان الام زنت مع صاحب الماء الذي ولد هو منه وهذا معنى قول المص لان النسب
انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وحاصله ان نفي نسبه عن ابيه يستلزم كون ابيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزاني فلزم ان امه
زنت مع ابيه فجاءت بين الزنا ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون ابيه زنى بامه مكرهة او نائمة فلا يثبت نسبه من ابيه لا يكون قاذفا
لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذي يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك في هذا والا كانت
بمعنى المسئلة التي تليها وهي التي يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ما سيجيء وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله ذلك
في حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التي تليها فاذن يختلف المراد بلفظة الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانما
يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق **قوله** ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان
لابيه الذي يدعى اليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة نسبه اي حقيقة نفيه عن ابيه لانه حالة سب وشتم
وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن اخلاقه ولا يخفى ان في حالة الغضب ليس نسبته امه الى الزنا امرا لازما
لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة او نكاح فاسد كما سلف قبلها فثبوت الحد به
بمعونة قرائن الاحوال وبهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر في المبسوط ان في الاولى الحد استحسانا بأثر
ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود انه قال لا حد الا في قذف محصنة او يقول رجل

وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة ولا للابن ان يطالب اباه بقذف امه الحرة المسلمة لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب
بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب لتحقق السبب في حقه المانع ومن قذف
غيره فمات المقذوف قبل الحد بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل وان مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده
وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص من هذا الوجه كالقصاص
فاذا شرع زاجرا عنه يبقى حقا للعبد فتبقى ما يحتاج العبد باعتبار حاجته وتنتفي الشرع وتمحض حقا للعبد لان ما للعبد
الجزئيات فالشافعي مال الى تغليب حق العبد فقال ما يحتاج العبد باعتبار حاجته وتنتفي استيفاء حقوق الشرع لا يبقى وهذا هو الاصل
من الحق يتولاه مولاه عند حق العبد وعيابه ولا كان لك عكسه لانه لا ولاية لاحد استيفاء حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا يصح عفو المقذوف
المشهور الذي يترتب عليه الفروع المختلف فيها منها انه لا يورث الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف مرة في العفو مثل قول الشافعي مرة
عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن ابي يوسف مرة في العفو مثل قول الشافعي مرة

الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة
على طريق الاصالة للشين الذي لحقه للمخالفة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة
بخلاف ما اذا قذفه نفسه لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذا لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان سبب التعيير الكامل وهو باحصان
المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له او ميتا طالب به ولده او فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه **قوله**
وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة اي التي قذفها في حال موتها ولا للابن ان يطالب اباه وان علا بقذف امه الحرة المسلمة
التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة او قال لابنه او لابن ابنه وان سفل بعد وفاة امه يا ابن
الزانية وهو قول الشافعي واحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن ان يطالب اباه بقذف امه وهو قول ابن ثور وابن المنذر
لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا احد باب سقطت عدالة الابن لمباشرته
سبب عقوبة ابيه مع قوله تع فلا تقل لهما اف والجواب ان الاطلاق او العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تع ولا تقل لهما اف
والمانع مقدم ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع بسرقته فانتفت عليه الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل ان عموم الآية
قوله تع ولا تقل لهما اف وقوله عم لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع السيد بعبده اما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للاب في المسروق فلا يرد
على مالك رح نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان ايراد جنايته على نفس الولد توجب ايرادها في عرضه بطريق اولى مع ان القصاص
متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما وتضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المص على قوله
ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المص لان المولى لا يعاقب بسبب عبده استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف
امه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز ان يعاقب بسبب حق نفسه **قوله** ولو كان لها اي لزوجة الميتة التي قال لولدها بعد موتها
يا ابن الزانية ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة فظهر في حق احدهما مانع دون الآخر
فيعمل المقتضي عمله في الآخر وكذا لو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفى احدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو احد مستحق القصاص
يمتنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فباسقاط احدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد
لا يتصور تجزيه اما هنا فالحق في الحد لله تع ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط احدهما **فروع** يجوز التوكيل باثبات الحدود من
الغائب في قول ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد
لا يثبت بمثله والاجماع انه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل لان مع
احتمال انه عفا وان المقذوف قد صدق القاذف او اكذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لكان حقيقة العفو بعد ثبوت
السبب لا يسقط الحد فمع احتماله اولى **قوله** ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات
بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده فيرث الوارث الباقي فيقام له وعندنا لا يورث ولا خلاف ان
فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص فمن هذا الوجه

ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول اظهر

من هذا الدليل هو حق العبد لم يعلم انه شرع زاجرا وعنه سمي حدا والمقصود من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع اذ لم يختص بهذا الانسان دون غيره وبكل من حق الله وحق العبد في حد القذف فشهد الاحكام فباعتباره حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ويجب على المستامن ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في ايام قضائه وكذا لو قذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضى او في القضاء ليس له ان يقيمه حتى يشهد به عنده وتقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتباره حق الله تعالى استوفاه الامام دون مولى المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يكن ابدار مقتضى احدهما لزم اعتبارهما فيه فيثبت ان فيه الحقين الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنا المشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع لا مهدرا ولا كذلك عكسه اي لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على ان اثباته للعبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابته الامام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود والتي هي حقه تقع على ما قدمنا من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الاصل تفرعت فروع اخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث فعندنا لا يورث واذا الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى اي انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا او ما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيئا منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل شرعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة او وصية في المطالبة التي جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوتها الا ان يقول المقذوف لم يقذفني او كذب شهودي وح يظهر ان القذف لم يقع موجبا للحد لانه وقع ثم سقط بقوله وذلك كما صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور ان القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا به قال مالك وعنده يجوز وبه قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات وقذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد فقفى اثناء الحد ادعى آخر دون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو انه يصح عفو المقذوف قوله ومن اصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان المغلب فيه حق العبد كقول الشافعي وخرج الاحكام المختلف فيها على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام تبنى عليه والمعقول يشهد به وهو ان العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد كالقصاص واما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب اذ لا نه ربما يزيد المقذوف في قوة لحقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو

ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا يكذب له فيه ومن قال للعربي يا نبطي لم يحد لانه يراد به التشبيه في الاخلاق او عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه

كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمناه وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى ان كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة اعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة اعراض بعضهم عن بعض على العموم وان العفو لا يستلزم الرضى بالعار بل قد لا يرضى الانسان بتجاهره به ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل المتهم بسبب حقه فلا ينفي ان يعفو فلا يفصل ذلك اصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى وجه مما في الخيارية ان شاء الله تعالى وقول محمد ان وقع في موضع انه حق الناس فقد وقع في اخره انه حق الله تعالى **قوله** ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا يكذب له فيه فيقبل رجوعه واما التعليل لانه بالاقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد ان يبطل حق الغير فالمعنى انه اثبت حق الغير ثم يريد ان يبطله فلا يقبل فيه ويشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تعالى وكونه الحق الشين لا اثر له بل الحاصل انه لما الحق الشين ثبت في الحد حق الادمي فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تاثيره في اثار حق الادمي ليس غير امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير **قوله** ومن قال للعربي يا نبطي او قال لست بعربي لا يحد وكذا اذا قال لست من بني فلان وقال مالك رح يحد اذا نوى الشتم وعنده اذا قال يا رومي لعربي او فارسي او يا فارسي لرومي او عربي او يا ابن الخياط وليس في ابائه الخياط يحد فلنا العرف في مثله ان يراد نفي المشابهة في الاخلاق او عدم الفصاحة واما قذف امه او جده من جداته لابيه فلا يخطر بالبال ولذا اطلق نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب او الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله في القذف اصلا لم يحمل في الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطي قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يا رستاقي يا ريفي في عرفنا اي يا قروي لا يحد به وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب **قوله** ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وكذا اذا قال يا ابن مزيقيا او يا ابن جلا لان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب عامر بن حارثة الغطريف الازدي لانه اغاث قومه عن ماء السماء وجمع المص بينهما حيث قال لان ماء السماء وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا اي مزيقا لقب به لانه كان يمزق كل يوم حلة يلبسها فيكره ان يعود الى لبسها ويكره ان يلبسها غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب ان يكون قول القائل يا ابن مزيقيا للذم بالاسراف والاعجاب لكن عرف العامة في مثله انه جود وقد لقب بماء السماء ايضا للحسن والصفاء وبه لقبت ام ابن المنذر بن امرء القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير ولازمت الملوك من آل نصر ٭ وبعدهم بنى ماء السماء وجمع المص بينهما حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه واما جلا فقد استعمل مرادا به الانسان في قول سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا ٭ متى اضع العمامة تعرفوني وكلام سيبويه يفيد انه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كانه قال انا ابن الذي جلا اي اوضح وكشف واما قول القلاخ انا الفلاح بن جناب بن جلا فيحتمل كونه علما لقبا وكونه وصفا ايضا ثم انه انما يراد به التشبيه في كشف الشدائد واماطة المكاره فلا يكون قذفا هذا وقد ذكر انه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء وهو معروف يحد في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمي به والكلام للسخاء والصفاء فينبغي في حالة الغضب ان يحمل على اضعف كن جواب المسئلة مطلقا فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن ان يجعل للارادة

وان نسبه الى عم او خال او الى زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا اما الاول فلقوله تعالى نعبد الهك واله آبائك
ابراهيم واسماعيل واسحاق واسماعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال اب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت
في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب
ع دارق الى الخيرات زناء في الجبل * وذكر الجبل يقرر الصعود مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين
المهموز وحالة الغضب السباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت
زاني فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني

في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قول لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في حالة الغضب على سببه بنفي الشجاعة والسخاء عنه
ليس غير **قوله** وان نسبه لعمه او خاله او زوج امه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى ابا فالاول وهو تسمية العم ابا لقوله تعالى نعبد الهك
آبائك ابراهيم واسمعيل واسحاق واسمعيل كان عما له اي ليعقوب عليهم الصلوة والسلام والثاني لقوله عم الخال اب قالوا هو غريب غير ان في كتاب
الفردوس لابي شجاع الديلمي عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد والثالث للتربية وقيل في قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امرأته **قوله**
ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل والحالة حالة الغضب وسيظهر ان هذا القيد مراد لا يصدق ويحد عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب دارق الى الخيرات زناء في الجبل والزنا وان كان بهمز
فيقال زناء على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها
اشبه ابا اك او اشبه عمل تريد علي ولا تكونن كهلوف وكل يصبح في مضجعه قد انجدل * وارق الى الخيرات زنا في الجبل * واما قول شارح اصلاح
المنطق فقال النماهي لرجل راى ابنا له ترقصه امه فاخذه من يديها وقال اشبه ابا اك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري اي كن مثل ابيك
او مثلي مثل غني فحذف المضاف اليه والمراد كن مثل ابي اك او مثلي وكان ابو امه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي وامه ملكوسة بنت زيد الفوارس
قال فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او اشبهن ابا كا اما الى فلن تنالي اكا تقنعن عن مثله هذا كالهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل
الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر في النهاية قوله او اشبه جمل الجيم وقال اسم رجل هو الوحي من العرب وهو جمل ابن سعد والوكل العيال على غيره واما ان
يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا على ما اسلفنا لان من العرب من يهمز الملين اي الليين في غير التقاء الساكنين تقول العجاج * ومصدق هامة هذا الغالي *
ومنه قوله صبرا فقد هيجت اشوق المشتاق * لانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز واما نحو قطع الله ادية اي يديه فالتمثيل به بناء على ان المراد بحرف
اللين اي الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على انه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمز وانما في الالتقاء على حده فان كان على خلاف العادة يقال دابة و
شابة وقرى ولا الضالين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من انه
سيظهر ارادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال يا زاني او زنأت فانه يحد اتفاقا وقوله وذكر الجبل تعين الصعود مرادا قلنا انما يتعين ذلك اذا كان
مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره في المجمع وغيرها والبيت المذكور معلوم ان المراد فيه ليس
الا الصعود وهو بلفظ في بل الجواب مع ان ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع في الجبل اي في بعض بطونه وعلى الجبل اي فوقه كما قد تقع على
السطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة ولو قال زنأت
على الجبل والباقي بحاله اي في حال الغضب قيل لا يحد لما قلنا آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود وقيل يجب للمعنى الذي ذكرناه وهي حالة الغضب
والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب اي في حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لا داعي فالظاهر عدم ارادة السبب
قوله ومن قال لآخر يا زاني فقال الآخر لا بل انت فانهما يحدان اذا طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الآخر واثبت ما طالب به
عند الحاكم لزمه حينئذ حق الدفع فهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال انت كذلك فانه لا يعزر كل منهما
لان التعزير بحق الادمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب الآخر فتساقطا اما كون الاول قاذفا فظاهر واما الثاني فلان معناه لا بل انت زان وكذا لو كان

ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان لأنهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان قدمها الحد وفي البداية بالحد ابطال اللعان لأن المحدود في القذف ليس بأهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان ومعناه قالت بعدما قال لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها اردت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها اردت زنا كان معك بعد النكاح لاني ما ملكت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا لا يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه عند صدقها ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن ثم ان نفاه قبل اللعان لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد فرد صيرورته كالعدم والاصل فيه حد القذف فاذا بطل تكاذبا يصار الى الاصل وهو ان الولد للزوج لاقراره به سابقا والاحقاق اللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد

المجيب عبد احد هو ما حدث تاذف لقرينة الحال فيكون الاسود بقدمت العبد قال المعنى اذ هي يعني كلمة بل عطف يستدرك بها الغلط التعيين التراكيب الاستعمالية فيصير الخبر المذكور في الاول اعني في التركيب الاول اذا كان خبر المذكور في الثاني فاذا قال زيد قائم وقام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا في التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر المقدم خبرا عن عمرو بالاول فظهر يا زاني بل هو اعطاء النظير فيه اي يا ذكرا واذا كانت كذلك فيصير واضعا للتكلم الاول بما وضعه به واخبر عنه بهي الاول يا زاني في معنى او حكوا وانت زان قوله ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة خاصة اذا ترافعا ولا لعان لانهما قاذفان في قذف الزوجين زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي تقديم احدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المرأة يبقى اللعان لانها تصير محدودة في قذف واللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته الام يحد بسبب اللعان لانها شهادة ولو خاصمته المرأة اولا عن القاضي بينهما فاذا خاصمت الام بعده حد القذف فقدمنا الحد درءا للعان الذي هو في معناه ولو كانت قالت في جواب قوله يا زانية زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها اردت الزنا قبل النكاح فتكون قد صدقته في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا فلم يصدقها عليه وهذا معنى قوله وانعدامه اي انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان ويحتمل انها اردت زنا اي ما كان من تمكيني اياك بعد النكاح وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة مجرى المزاح والمشاكلة مثل وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها بعد تزوجه الزوجة ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن اطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا الاحتمال لا حد ولا لعان لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم يتعين احد التقديرين بتبيينه فوقع الشك في كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله فجاء ما قلنا اي من انه لا حد ولا لعان ولولا ان مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب حدها البتة عينا لقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا منصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب ان تحلف الزوجة انها لم تر ولا اقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفي بتمييز واحد في وجه وعلى الزوج الحد دونها لان هذا مما ليس اقرارا صحيحا بالزنا ولقولنا قال احمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان هذا ظاهر قوله ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن قال النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن وان نفاه اولا ثم اقر به قبل اللعان يحد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه للولد كان اللعان حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب بين الزوجين في زنا الزوجة والاصل فيه اي في اللعان ما هو الاحد القذف لانه قذفها فاذا بطل المحلف ببطلان التكاذب صير الى الاصل فيحد الرجل وقوله وفيه خلاف ذكرناه في اللعان الذي ذكره في اللعان انه اذا اكذب نفسه بعد اللعان ينتفي الولد ويفرق القاضي جده القاضي وحل له ان يتزوجها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله والولد ولده في الجهتين اي ما اذا اقر بالولد ثم نفاه وما اذا نفاه اولا ثم اقر به لاقراره به سابقا في الاولى فيثبت ولا ينتفي بما بعده ولا خيار في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله واللعان يصح بدون قطع النسب الخ جواب سؤال هو ان يقال ان سبب اللعان ليس الا نفي الولد فاذا لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان ينتفي الولد قطع النسب الا ترى انه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فلانه يلاعن ولا يقطع النسب كما يصح بلا ولد اصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هناك يقطع نسبه واما انه لو نفى نسب ولد امرأته الآيسة فانه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصح لكن

وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط الاحصان ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا قال ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة وان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة رح يشترط ان يكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير وجه

لا دخل له في الجواب **قوله** وان قال اي الزوج الذي جاءت زوجته بولد ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا انكر ابنها انكر الولادة فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها اياه وبنفي ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار الزنا منها **قوله** ومن قذف امرأة ومعها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي وقت القذف او ميت فلا حد عليه اما لو قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يحد ولو انه بعد اللعان ادعى الولد فحد او لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفه فما بعد ذلك قاذف غيره او هو قبل موته حد ولا يحد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب ويحد من قذفها بعد ذلك لا يحد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج فرفعته واقامت بينة انه كذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او بمعاينة وجه عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها اي الى الامارة وهي اي العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داود في حديث هلال بن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها او رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنين انه يرث امه وترثه امه ومن رماها به جلد ثمانين ومن رماها وولدها جلد ثمانين اشكل على المذهب والائمة الثلثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها اجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره الا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك الا ان الشافعية في وجه انه اذا قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انه انما لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته لا يسقط احصانها وانما هو لتنتفي الصادق منها حيث يتضاعف به على الكاذب عقابه بان يضاف الى عذاب الزنا وعذاب الشهادة الموكدة بالايمان المغموسة او يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان ينفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد اول قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل واما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع ورود السوال انما هو بناء على انه كلام تحقيق على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له

قوله ومن وطئ وطيا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة هي شرط الاحصان انما هو تشفي بانه لما لم يكن بحيث يحصل عند الاحصان بل هو مجموع امور العفة احدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة ولان القاذف صادق لان الوطء في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه او ابهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا آخر او ابهم نص عليه في اصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن ابي ليلى وجه قولنا ان النص وانما اوجب الحد على من رمى المحصنات ومعناه المحصنين وبالزنا لا يقتضي الاحصان فرميه رمي غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم واذن بعد التوبة فيعذر والاصل فيما يعرف به الوطء يسقط الاحصان [illegible] وطيا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه على قاذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون سبة وهو الموجب للحد وان كان وطيا محرما لغيره يحد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرفت هذا فالمحرم لعينه هو الوطء في غير الملك من كل وجه

بيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا ابن امته وهي مجوسية او مرتدة وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف رح ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر رح لان الملك زائل في حق الوطئ وهذا يلزمه العقر بالوطئ ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح

كوطئ الحرة الاجنبية والمكرهة اعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم فلا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكرهة الواطئ ذكره في المبسوط وامة غيره او من وجه كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره وكذا الوطئ في الملك والحرمة مؤبدة كوطئ امته التي هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة موقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطئ امته الاختين والزوجة في حالة الحيض والنفاس فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط في عدم ثبوت حد القاذف للواطئ في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة ابيه بالنكاح او بملك اليمين فلو تزوجها الابن او اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما في عقدة او جمع بين اختين وطئا بملك يمين او نكاح او بين امرأة وعمتها وخالتها او تزوج امة على حرة او جمعها في العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة ومسها مع شهوة بحيث انتشر معه ثم تزوج بنتها او امها او اشتراها فوطئها حد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتأبيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية ابنه فوطئها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف بين العلماء وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كشهوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تع ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر الخلاف فيهما مع وجود النص وكذا وطئ الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله او بالحديث المشهور مثاله حرمة وطئ المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهوة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطئ امته التي هي خالته من الرضاع او عمته لقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** بيانه شروع في تفريع فروع آخر على الاصل اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة المقارنة لثبوته الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار اي بالقذف الاول لا يعمل هنا فانه لما يقارنه بل وقع متأخرا والمفرض ان الاقرار تقرر حق الآدمي لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد **قوله** وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها ورجلا زنى في نصرانيته فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان قال زنيت وانت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وانت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وانت كتابية او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حد لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حد بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من يحدث يقام عليه الحد او لا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا ولو قذف رجلا ابن امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراة شراء فاسدا او امرأته وهي حائض او مظاهر منه او صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها او مكاتبة فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك فكانت الحرمة في كل من هذه التقادير موقتة مع قيام الملك فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه الملك فلا يسقط احصانه بالوطئ فيه ولا يحد قاذفه وعن ابي يوسف ان وطئ المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك

ولو قذف مكاتبا ومات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لكان اختلاف الصحابة ره ولو قذف مجوسيا تزوج بامه بنصر
اسلم يحد عند ابي حنيفة رح وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما يلتحق عنده خلافا لهما وقد عرف
النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون
ملتزما ان لا يؤذى وموجب اذاه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي رح تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات
واذا حد الكافر في قذف لم يجز شهادته على اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان
هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلا تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له
صلاة في حال الرق فكان ردّ شهادته بعد العتق من تمام حده فان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون
صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رح انه ترد شهادته اذا لاقل تابع للاكثر والاول اصح
لان الحل في حق الوطي ولهذا يلزم السيد العقر لها ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطي امة المجوسية والمجالس ونحن نقول ان قلتم
ان ملك الذات انتقاد من وجه كالمشتركة فممنوع وعن هذا ان ملك الوطي انتفاء سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فثبت ان
الحرمة لغيره اذ هي موقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الاحصان كالراهن اذا وطي امة المرهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان
ذكره في المبسوط ولو قذف رجلا وطي امة هي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول بوطئها
لا يسقط الاحصان وهو قول مالك واحمد والشافعي رح لقيام الملك فكان كوطي امة المجوسية وجه الصحيح ان الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها
فكانت موقتة اما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل اصلا فكيف تجعل لغيره **قوله** ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه
لتمكن الشبهة في شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة في اثبات حد الرق وعبدا فاورث شبهة في احصانه وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف من
من يعتبر الحرية من الاحصان **قوله** ولو قذف مجوسيا تزوج بامه يعني لو تزوج مجوسي بامه او بنته ثم اسلم ففسخ نكاحها فقذفه مسلم في حال اسلامه
يحد عند ابي حنيفة بناء على ما مر من ان النكاح لها حكم الصحة عند ابي حنيفة وقالا لا يحد بناء على ان ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقد مر
في كتاب النكاح في باب نكاح اهل الشرك **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد
ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة ان لا يؤذى وفي بعض النسخ طمع ان لا يؤذى فكان ملتزما موجب اذاه وهو الحد **قوله**
واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالتائب اذا تاب من سائر
من المعاصي وهي خلافية تعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى **قوله** واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة وهذا لان له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا
ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد لان النص لو جب رد
شهادته القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم اسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة ابدا والردة ما ازالته الا شرا
فيا الاسلام لا تحدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلي ولهذا قبلت مطلقا على اهل الاسلام وغيرهم وبه نرفع ما قيل ينبغي ان لا تقبل بعد الاسلام على اهل الذمة لانها كانت قبله
وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه اخرى نافذة على الكل لا على اهل الاسلام فقط او على المسلمين وتبعيته على الكافر وهذا بخلاف العبد اذا حد في
قذف ثم اعتق فانه لا تقبل له شهادة ابدا لانه لم تكن له شهادة في تلك الحال للرق وقد وجب الحد عليه وهو رد شهادته مع الجلد فينصرف الى رد
ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة لحادثة لو قائمة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا والحادثة شهادة واقعة في الآثار فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما في الوسع فحينئذ كان رد شهادته والامتثال انما يتحقق
برد شهادته قائمة اذ كانت والا فيما تحدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال ثم فلو حدثت اخرى فلو ردها كان
بلا مقتض اذ الموجب احد مقتضاه **قوله** وان ضرب يعني الكافر سوطا في حد ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة
متمم للحد فيكون صفة لاي للحد والمقام بعد الاسلام بعض الحد وبعض الشيء ليس هو ذلك الشيء فلم يكن رد الشهادة صفة له
وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح لما ذكرنا وعرف انه لو اقيم عليه الاكثر قبل الاسلام
ثم اسلم واقيم الباقي تقبل شهادته عند ابي يوسف ايضا واورد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام

النصف

قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو كذلك كله اما الآخران فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة ذات المقصود في الثاني

فينبغي ان لا يكون صفة وايضا جعله صفة لما اقيم بعد الاسلام اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر الجيب بان النص ورد بالامر بالحد والنهي عن القبول اوليس احدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما بما يمكن والممكن رد شهادته قائمة للحال فيتقيد النهي به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل هو تقرير آخر واصل هذا ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا للحد او التعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة ان ابي حنيفة ثلث روايات احدها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامة للاكثر مقام الكل وهي التي ذكرها المص عن ابي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلث في النصراني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكر في الجامع الصغير **قوله** ومن زنى او شرب او قذف غير مرة فحد فهو كذلك كله سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة او بكلمات لان يقول يا فلان انت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان يقذف قيل ان لا يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانيا الا اذا كان يقذف آخر مستانف وحكي ان ابن ابي ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ ابا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا اخطأ في مسئلة واحدة في خمسة مواضع الاول اخذ بدون طلب المقذوف والثاني انه لو خاصم وجب حد واحد والثالث فيه ان كان الواجب عنده حدين ينبغي ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس ينبغي ان يعرف ان والديه في الاحياء او لا فان كان حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك الشرط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه ايضا في فروع نختم بها وقوله غير مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة الى من زنا غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيف ما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا والشرب فلان القصد من اقامة الحد حقا لله قطع الانزجار عن فعله في المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد المقام بعد والزنا المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فيتمكن شبهة فوت المقصود في الثاني والحدود تدرئ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدلا به ان الاجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرار عند التكرار فالتكرار الواقع بعد حد الاول بل هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الآية ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم

وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف زمان وشرب لان المصدر من كل جنس غير المقصود من الآخر فلزمه آخر

فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب غير انه اعم من كونه بوصف الكثرة او القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا لمائة او ثمانين
ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتثال ثم هو ايضا ترك مقتضى التكرار بالتكرير فيما اذا قذف بعد حد مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحد مرتين في حد الزنا والسرقة
فالحق ان الاستدلال بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات
ادحق آدمي فما ذكر المص اخصر واصوب وقوله واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بها لا حاجة الى الحاقه بل بين الدليل المذكور يجري
فيه وهو انه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الاعراض فحيث اقيم ثبت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة
فيه دون غيره فليس غير قوله بخلاف ما اذا زنا وقذف وسرق ثم اقيم بعينها وتثبت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها
لاختلاف المقصود من كل جنس من اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف
صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حددنا في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه

فروع ثبت عليه باقراره والسرقة والشرب والقذف وقضى بين رجل بينه بالقصاص في العين لانه محض حق العبد
ثم اذا برئ اخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء حده بالزنا وان شاء بحد السرقة لان
كلا حق الله وهو ثابت بالنص يبتلى ويجعل حد الشرب آخرا فانه اضعف لانه بما لا يبتلى وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم لم يسنه وكلما اقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحد وهي منهي عن ذلك
وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الشرع وحق العبد اجتمعت
الحدود ولحق الله تعالى وفيما قتل لنفس قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم والمعنى
ان المقصود الزجر له ولغيره واتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه لا يفيد الا انه يضمنه السرقة
لو اتلفها لانه وجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد ولهذا يضمنه فيؤمر بايفائها من تركته ولا يقام حد في المسجد
ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي امينه اراد ان يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عمر في الغادية او يعيث امينا كما فعل عمر
في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا انكره ولا في شيء من الحدود ولانه لا يقضى بالنكول وهو ممتنع في الحدود لان النكول اما
بذل والبذل لا يكون في الحدود او قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف
التعزير والقصاص فانه يستحلف على سببهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال
ولا يقطع لان حقيقة السرقة اخذ المال بقيد فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة حتى نكوله يقتضي موجب الاخذ
وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا اقام المقذوف بينة بالقذف
سألها القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يطلقونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا
على قولهم قذفوا لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني وهم عدول حد وان لم يعرف القاضي حد التهم حبس القاذف حتى يزكوا
لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفل على ما تقدم من الزنا راجع اليه ولا يغير

وما القذف فالمطلوب به عندنا حق الله فيكون الحد خالصا وقال الشافعي رحمه الله المقذوف او المقذوف به هو الزنا لا بد لحل لان المطلوب فيه حق العبد عنده

في شيء من الحدود والقصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وانما يحبسه ابو حنيفة وفي قول ابي يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل فهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجري في القاسهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شيء من الحدود فاما اخذ الكفيل بنفس الدعوى عليه فعند ابي حنيفة اذا زعم المقذوف ان له بينة حاضرة في المصر وكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان احضر بينة والا خلى سبيله وعند ابي يوسف ومحمد يأخذ منه بنفسه الى ثلاثة ايام وقالا حد القذف في الدعوى والمخصومة مثل حقوق العباد في اخذ الكفيل بنفسه نظرا للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وابو حنيفة يقول هذا احتياط والحدود يحتاط في درئها لا في اثباتها وكان ابو بكر الرازي يقول مراد ابي حنيفة ان القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه فلا بأس لان تسليم نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطلب بهذا القدر فاما ان اقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم احدا لا يلزمه الا الى آخر المجلس وان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال لي شاهد آخر يومين او ثلاثة هذا المقدار استحسان وهذا كله عند ابي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس بالحد وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه فلا ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف في المكان والزمان لا تبطل شهادتهما عند ابي حنيفة وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء بسبب موجب للحد فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف والشهادة وابو حنيفة يقول القذف قول قد تكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الا انه استحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل ان من تزوج امرأة ثم اقر انه كان قذفها قبل النكاح كان عليه الحد ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها في العربية والفارسية وغيرهما بطلت شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوه كذا لو شهد احدهما انه وقال يا ابن الزانية والآخر ليست بابيك ولو شهد احدهما انه قذفه يوم الخميس والآخر انه اقر انه قذفه يوم الخميس لا يحد ولا يقبل في اثبات القذف كتاب القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو كان القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة يصدق قولي اجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير ان يطلق عنه ويقال له ابعث لابي شهودك وذكر ابن رستم عن محمد اذا لم يكن له من يأتي بهم اطلق عنه ويبعث معه بواحد من شرطه ليرده عليه وفي ظاهر الرواية لم يتعرض الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له ان يؤخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتأخير دفع العار عنه والى آخر المجلس قليل لا يتضرر كالتأخير الى ان يحضر الجلاد وعن ابي يوسف يستأنيه الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة اربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا في الشهود يمهل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف انه لا يقبل منه الا اربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين فان شهد رجلان او رجل وامرأتان على اقرار بالزنى يدرء عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكان سمعنا اقراره بالزنا الا ان المعتبر في الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكن ولو كثرت الشهود ولو زنا المقذوف قبل ان يقام الحد على القاذف او

فصل في التعزير

وطئ وطئا حراما على ما ذكرنا او ارتد سقط الحد عن القاذف ولو اسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس او عته ولكن لا لزوال احصانه بل لتمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلقن القاضي الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود جنس آخر تقدم ان قوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس لا حد عليه وهو من المبسوط وفي فتاوى قاضي خان قال انت ازنى الناس او ازنى من فلان عليه الحد ولو قال انت ازنى منى لا حد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت انت ازنى منى حد الرجل وحده ولو قال لامرأته ما رأيت زانية خيرا منك لا حد عليه وكذا لو قال لامرأته وطئك فلان وطيا حراما او فجر بك او جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان او اشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يكونان قاذفا لهما لان العادة ان الامعية حالة الزنا فانصرف الى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو ظاهر لست لانسان لست لرجل ليس قذفا رجل قذف ولده او ولد ولده لا حد عليه ولو قذف اباه او امه او اخاه او عمه حد قال لرجل قل لفلان يا زاني فان قال الرسول المرسل اليه فلان يقول لك يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زاني حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بقذف بعد ذلك ولو قال يا ابن الحجام او يا ابن الحائك لا حد ولو قال لرجل يا ابني لا حد عليه لانه تلطف وكذا يا ابن النصراني او يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في بيت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال آخر همه كرده است لم يحد لانه ليس باشارة الى هذه الافعال ولو قال اين همه كرده است فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وى اين همه كرده است يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين احدكما زان فقيل له هذا هو لاحدهما فقال لا حد عليه لان اصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحد يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد ان يدعي ما لم يعين المستثنى من فروع تداخل حد القذف ما ذكره المصنف في التجنيس عبدا قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب اربعين ثم جاء به الآخر تمم الثمانين لان الاربعين وقع لهما بقي الباقي اربعين ولو قذف آخر قبل ان ياتي بالاول الثمانون تكون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستأنفا لان ما بقي تمامه حد الاحرار فجاز ان يدخله فيه الاحرار وهذا ما وعدناه ولو قال لامرأة يا روسپى يحد ولو قال يا قحبه يعزر

فصل في التعزير لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي اركانها ابتعها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع في الكتاب قال الله تعالى فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تاديبا وتهديدا وفي الكافي قال عم لا ترفع عصاك عن اهلك وروي انه عم عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وفي المحيط روي عنه عم قال رحم الله امرأ علق سوطه حيث يراه اهله واقوى من هذه الاحاديث قوله عم لا يجلد فوق عشر الا في حد وسياتي وقوله فاضربوهم على تركها لعشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير واجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو ان الزجر عن الافعال السيئة كيلا تصير ملكات فيفشو ويستدرج الى الاشد القبيح والفحش واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي انه ليس فيه شيء مقدر بل مفوض الى راي القاضي لان المقصود به الزجر واحوال الناس مختلفة فمنهم من يزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج الى الاغلظة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلوية والعلماء بالاعلام وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا فينزجر به فتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجد في باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف رتب اثمه وجوب الحد لنقص الاحصان فوجب التعزير

الا نسبة بهذا الحد وبالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال عنه وباقي الائمة الثلاثة لا يجوز وفي الخلاصة سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان رأى القاضي ذلك او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على قياس من قال بذلك من المشايخ يقول ابي يوسف وقال التمرتاشي يجوز التعزير الذي يجب حقا لله تعالى لكل احد بعلة النيابة عن الله تعالى وسئل ابو جعفر الهندواني عمن وجد رجلا مع امرأته ايحل له قتله قال ان كان يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله وان طاوعته المرأة يحل قتلها ايضا وهذا تنصيص على ان الضرر تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحد ولم يثبت تولية الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقف على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه ثم التعزير فيما شرع فيه التعزير اذا اراه الامام واجب وقول مالك واحمد يجوز عند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني رأيت امرأة فاصبت منها ما دون ان اطأها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيئات وقال في الانصار اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم قال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي ارضه فلم يوافق غرضه ان كان ابن عمتك فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان من كان منصوصا عليه من التعزير كما في وطء جارية امرأته او جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة او علم انه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله تعالى فوجب كالحد وما علم انه انزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم ما اصاب من المرأة فانه لم يذكر للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لان ذكره له ليس الا الاستعلام بموجبه ليفعل معه واما حديث ابن الزبير فالتعزير لحق آدمي وهو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي فتاوى قاضي خان التعزير حق العبد كسائر حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو على الشهادة والمشاهدة ويجري فيه اليمين يعني اذا انكر انه سبه يحلفه ويقضي بالنكول ولا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله فحق العبد لا شك انه يجري فيه ما ذكروا اما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا آنفا انه يجب على الامام ولا يحل له تركه الا فيما علم لمنزجرة الفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يتفرع عليه انه يجوز اثباته بمدع شهد فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه آخر فان قلت في فتاوى قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروة وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يمكن للقاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محله ما قلت من حقوق الله تعالى ولا منافاة لانه اذا كان ذا مروة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا القصد يعني بالضرب في اول مرة فان عاد عزره ح بالضرب ويمكن كون محله حق آدمي من الشتم وهو ممن تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في الرجل يشتم الناس اذا كان له مروة

ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق لانه اذا لم

يوعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبا ضرب وحبس يعني الذي دون ذلك والمروة عندي في الدين والصلاح

قوله ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا لا اجماع الا على قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الذمية التي لها ولد مسلم قال يحد به وانما عزر لانه اي هذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق ومثله يا لص او يا فاجر او يا زنديق او يا مقبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط او يا لوطي او قال انت تلعب بالصبيان يا آكل الربوا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا يا يا زاني يا يا يا للصوص يا منافق يا يهودي عزر كذا مطلقا في فتاوى قاضي خان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قال لرجل صالح اما لو قال لفاسق يا فاسق او للص يا لص او للفاجر يا فاجر لا شيء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه اذا اذاه بما الحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه اما في علم فان الشين قد الحقه موغسه قبل قول القائل وقيل في يا لوطي يسأل عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شيء عليه وان اراد انه يعمل عملهم عزر على قول ابي حنيفة وعندهما يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلت او هزل من تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة او بهيمة عزر قال المص الا انه يبلغ بالتعزير غاية في الجناية الاولى وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا لانه من جنس ما يجب به الحد وهو الرمي بالزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الرامي الى الامام **قوله** ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين اصلا بل انما الحق الشين بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذيب يا حجام يا بغيا يا ولد حرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا مسخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشخان اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به والقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على امرأته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرض والقواد و

م التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الائمة الثلاثة لان

ا الالفاظ تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوى قاضي خان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة ثم قال والصحيح

ا لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط فان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذيب وذكر قاضي خان عن ابي

ا يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح والمصححون التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف

فصلت ثلاثة والمذهب هو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا ومختار الهندواني يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيعزر

قائلا او لا فلا ويعزر في مقام وفي قذر وقيل في بليد وانا اظن انه يشبهه بابله ولم يعزر وابه **قوله** والتعزير اكثره

تسع وثلاثون سوطا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل في نقصه عن الحدود قوله

عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكر البيهقي ان الحفظ انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان بن بشير

ورواه ابن ماجه في فوائده ثنا محمد بن حسن الاصبحي ثنا عمر بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد بن عبد الرحمن

ما الحق الشين به للتيقن بغيبة وقيل في عرفنا يعزر لانه يحد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه
يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا حسن والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف
يبلغ التعزير خمسا وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين واذا اتخذ تبليغه حدا فابو حنيفة
ومحمد رح نظرا الى المعنى الحد وهو حق العبد في انتقاص فصرفاه اليه وذلك اربعون فنقصا منه سوطا وابو يوسف رح اعتبر اقل الحد في الاحرار
اذ الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية نقص خمسة وهو ماثور عن علي رض فعلى هذه

عن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار مرسلا
فقال اخبرنا سعر بن كرام اخبرني ابو الوليد بن عثمان عن الضحاك بن مزاحم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ
الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند اكثر اهل العلم واذا كنزم ان لا يبلغ به حدا وابو حنيفة ومحمد نظرا الى صراحة
عموم في النكرة في النفي فصرفاه اليه فنقصاه عن حد الارقاء لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور خصوصا
والمحل محل احتياط في الدرء وابو يوسف اعتبر اقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم نقص سوطا وفي رواية هشام
عنه وهو قول زفر وهو القياس انه يصدق عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهي عنه وفي ظاهر الرواية عنه
خمسة وسبعون قيل وليس فيه معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر في تعزير رجل بتسعة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين وكان
يعقد لكل خمسة عقدا بالاصابع فعقد خمسة عشر ولم يعقد الاربعة الاخير لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر
بخمسة وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين قال وروي مثله عن عمر يعني خمسة وسبعين وليس بصحيح ونقل عن ابي الليث
قال قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار واكثره مائة والنصف من حد العبيد واكثره خمسة فتحصل خمسة وسبعون
ومنع صحة اعتبار هذا الاخذ وهو يضره بعد ان اثره عن علي كما ذكر في الكتاب من انه قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذ
الفرض انما لا يدرك بالرأي يجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه بمنع ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب ونقله البغوي
في شرح السنة عن ابي ليلى وبقولنا قال الشافعي في الحر وقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي
الاحرار اربعون وقال مالك لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد في التعزير في الحد اذا رأى المصلحة في ذلك مجانبا لهوى النفس لما روي
ان معن بن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه مائة وحبسه وكلم فيه
فضربه مائة اخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه وروى الامام احمد باسناده ان عليا اتي بالنجاشي الشاعر قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين للشرب
وعشرين سوطا لافطاره في رمضان ولنا الحديث المذكور ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز ان يبلغ بما هو اهون من الزنا فوق ما فرض للزنا وحديث
معن يكون يحتمل ان ذنوبا كثيرة او كان ذنبه يشتمل كثرة منها التزوير واخذ مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة لغيره ممن كانت نفسه عارية عن
استشعارها وحديث النجاشي ظاهر على ان لا احتجاج فيه فانه نص فيه على ان ضربه العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان وقد نص على انه لهذا المعنى ايضا
الرواية الاخرى القائلة ان عليا رض اتي بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين لجرأتك
على الله تعالى وافطارك في رمضان فان الزيادة في التعزير على الحد في هذا الحديث وعن احمد لا يزاد على عشرة اسواط وعليه حمل بعض اصحاب
الشافعي مذهب الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي فقد صح عنه عم في الصحيحين وغيرهما من حديث ابي بردة انه قال لا يجلد
فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله واجاب اصحابنا عنه وبعض الثقات بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار احد وكتب عمر
الى ابي موسى ان لا يبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا ويروى ثلاثين الى الاربعين وبما ذكرنا من تقدير اكثره بتسعة وثلاثين يعرف ان ما ذكر
مما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى رأي الامام اي من النواحي فانه يكون بالضرب وبغيره مما تقدم وكره اما ان اقتضى رأيه الضرب

ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام ويقدره بقدر ما يعلم انه يزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رحمه الله على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفى به فجاز ان يضم اليه وهذا لم يشرع في التعزير بانفراده قيل بل تركه مشروع في الحد لانه من التعزير قال وانما الضرب التعزيري لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كما لو ادى الى فوات المقصود وهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف

في خصوص الواقعة فانه لا يزيد على تسعة وثلاثين **قوله** ثم قدر الادنى في الكتاب يعني القدوري بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام ويقدره بقدر ما يعلم انه يزجر به لانه يختلف باختلاف الناس وجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري انه لو رأى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح في الخلاصة فقال واختيار التعزير الى القاضي من واحد الى تسعة وثلاثين ومقتضى قول القدوري انه اذا وجب التعزير بنوع الضرب فرأى الامام ان هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لانه حيث وجب التعزير بالضرب فاقل ما يلزم اقله اذ ليس وراء الاقل شيء واقله ثلاثة ثم يقتصر به انه لو رأى انه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون اقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو رأى انه لا ينزجر باقل من تسعة وثلاثين كان على هذا اكثر التعزير فانه اقل ما يجب منه في ذلك الرجل ويبقى فائدة تقدير اكثره بتسعة وثلاثين انه لو رأى انه لا ينزجر الا باكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الاكثر فقط نعم يدل ذلك القدر بنوع آخر وهو الحبس مثلا **قوله** وعن ابي يوسف رحمه الله على قدر عظم الجرم وصغره واحتمال المضروب وعدم احتماله وعنه انه يقرب كل نوع من اسباب التعزير من بابه فيتعذر باللمس والقبلة للاجنبية والوطء فيما دون الفرج من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه يعزر في اللمس الحرام والقبلة اكثر جلدات التعزير ويعزر في قوله يا كافر ويا خبيث اقل جلدات التعزير لكن في فتاوى قاضي خان ان اسباب التعزير ان كانت من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ اقصى التعزير وان كان من جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب به ايضا فيكون مفوضا الى رأي الامام **قوله** وان رأى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك بان يرى ان اكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر به او هو في شك من انزجاره بها يضم اليه الحبس لان الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو رأى الامام ان لا يضربه ويحبسه اياما عقوبة فعل ذكره في الفتاوى وغيرها وهو قول ابي حنيفة حتى جاز ان يكتفى به وقد ورد به الشرع في الجملة وهو ما سلف من انه عم حبس رجلا في تهمة فجاز ان يقيمه اذا شك في انزجاره بدونه **قوله** ولهذا اي ولان الحبس بمفرده يقع تعزيرا ما لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته اي لم يشرع الحبس تهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على آخر شتمه فاحشته او انه ضربه واقام شهودا لا يحبس قبل ان يسأل عن الشهود ويحبس في الحدود وهذا لانه اذا عدلت الشهود لم يكن اقامته الواجب حبسا فقط وكان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم اعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بما يوجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به سببا آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة **قوله** واشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف لئلا يؤدي الى فوت المقصود من الانزجار ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء بخلاف التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط ان محمدا ذكر في حدوده الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في اشربته الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسألة روايتان بل موضع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبلغ التعزير الى اقصى غاياته بان اصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع او اخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا فسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضع ما في الاشربة ما اذا عزر اذا في التعزير كثلاثة ونحوها واذا جدد عددا يسيرا فالاقامة في موضع واحد لا يفسده وتفريقها ايضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في

ومن حق الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالقضاء والترخيص
بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطأ لانه اذا عزر للتأديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى
عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا اذا استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

محل واحد على هذا المعنى اشدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل اذا الشرع انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا ثم حد الزنا يلي التعزير في الشدة لانه
ثابت بالكتاب واعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثابت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن وفي
زمنه عزم كان غير مقدر على ما تقدم ولان سببه متيقن فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت
لانه بالبينة او الاقرار بالايجاب اليقين فان قيل يفيد انه شرعا بمعنى ان عندهما يتيقن بلزوم الحد وان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا
كذلك القذف يثبت بالبينة والاقرار فلا يقع فرق بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه قربة وبالبينة لا يتيقن بذلك
لجواز صدقه فيما نسبه اليه ولانه يجري فيه التغليظ بتبرد الشهادة فلا يغلظ مرة اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب ولان الشرب
ينتظم القذف كما قال على رض اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزاد العدد ونظر الى المظنة
فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير واخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل
سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط انه يجرد ويعزر في ازار واحد وفي الفتاوى قاضي خان يضرب في التعزير قائما
عليه ثيابه ينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير قوله ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر وهو قول مالك واحمد وقال
الشافعي رح يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب
عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين عليه
في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام
مامور بالحد والتعزير عند ظهور الاسباب لانه جاز له في التعزير لحق الله تعالى وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في
القضاء ولانه لا بد له من الفعل والا عوقب والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسببها القريب
وهو بين ان يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه او يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مولم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان
به فلا يتصور الامر بالضرب المولم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناية في الفعل واطلاقه وهو مخير فيه
بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا لا يضمن اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع
الى المرأة من وجه آخر وهو استقامته على ما امر الله به وذكر الحاكم لا يضرب امرأته على ترك الصلوة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات
منه لا يضمن عندنا والشافعي اما لو جامع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن عند ابي حنيفة رح وابي يوسف ذكره في المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه
ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد تتمة الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير ان لا يجيبه قالوا لو قال
له يا خبيث الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس واذا اساء العبد الابق حل لمولاه تاديبه
وكذا الزوجة وفي الفتاوى القاضي لمن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويحلف في السجن الى ان يظهر التوبة وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلوة
يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى انه يحكم ما يفعل ان يتاب او قال انه يعلم ما لا يكل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كانت
المرتدة لا تقتل عندنا كالساحرة تقتل بالاخرى وما ذكر من ان الكتاب الى ان السحرة والساحرة رأينا وقاضي خان ان السحر وحده كفر يقول فاذا ان السحر يقتل

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستتار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه انشاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستتار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم مقامه

اخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يخذ لبنة للناس ويفرق بين المرء وزوجته تبلك اللبنة فهذا اسحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد ان له اثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير اعني عدم الحكم بارتداده فينبغي ان يكون حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم ان فلانا يتعاطى من المناكير لابنه قالوا ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يغير على ابنه حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبهة الشرب وان لم يشربوا ومن معه زكوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم يبيع الخمر او يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية وكذا من قبل اجنبية اعتقدها او مسها بشهوة والله اعلم

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود والانزجار عن اسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي من ترتيبها في التعليم ترتب اسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته اعظم تقدم على ما هو اخف لان تعليمه وتعلمه اهم واعظم المفاسد ما يودي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يودي الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يودي الى افساد العرض وهو القذف فانه امر خارج عن الذات يوثر فيها ويلحق امرا قبيحا ويليه ما يودي الى اتلاف المال فانه الاخر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان اخرا فاخر وللسرقة تفسير لغة وهي ما ذكر في الكتاب وهي اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا انما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل للسرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يكون بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي اخذ العاقل البالغ عشرة دراهم او مقدارها خفية عمن هو مقصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعم الشبهة في التاويل فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الاخر او ذي الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلوة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعاء فقط هذا فسياتي في السارق من السارق خلاف **قوله** والمعنى اللغوي يعني الخفية مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء وذلك في سرقة النهار في المصر او ابتداء لا غير وهي في سرقة الليل فلذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا واخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك من الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها او يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله او كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع ولو كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن غير المالك او من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والمغاصب

قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع لاطلاق
فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء
الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تقل في الحقير وكذا الاخذ لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر كما نريد فيما يغلب
والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك رح بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله
عليه السلام ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح
يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى
احتياطا للدرء والحد مدرأ لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة للحد وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم
والمراد ثمن كانت الخشبة المعتبرة في الكبرى مسارقة غير الامام ومنعة المسلمين الملزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نقل الاخذ المذكور والاشرط وجوب
الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في اثناء المسائل قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم وما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع الا
في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما لانها بالمخالفة والمخالفة فرع
تعلق الخطاب قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار من المال ولا بد من مقدار معين للقطع في اقل منه فقال بالاول
الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عم لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع
يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدر لقوله عم لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا
متفق عليه فلزم في الاول التأويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة من الحديد او النحاس ولو قيل ونسخه ايضا ليس اولى من نسخ
ما روينا قلنا لا تاريخ لشيء وجه اولوية الحمل وهو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك و
به يتقيد اطلاق الآية وبالنقل وهو ان الحقير مطلقا تقل الرغبات فيه فلا يمنع اصلا كحبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية وكذا لا يخفى اخذه فلا يتحقق
باخذه ركن السرقة وهو الاخذ خفية ولا حكمة الزجر ايضا لانها فيما يغلب فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى تلك حاجة الى
الزاجر عنه فهذا تخصيص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون
لمقدار معين في تعيينه فذهب اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب
مالك واحمد الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطائه عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد الرحمن
ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان رض اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثنا عشر دينارا فقطع عثمان يده قال مالك
اجب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف او اتضع وذلك انه عم قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في اترجة
قيمتها ثلاثة دراهم وهذا احب ما سمعته الى انتهاء وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته
ثلاثة دراهم اخرجاه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا غير ان الشافعي يقول
كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها ففي مسند احمد عن عائشة عنه عليه السلام اقطعوا في ربع
دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم فظهر ان المراد ما ذكرنا من قوله ان القطع في زمن رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك
بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتياطا للدرء فعرف انه قد قيل في
ثمن المجن اكثر مما ذكر واريد بذلك حديث ايمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن ايمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عليه ونقل عن الشافعي رح انه قال لمحمد بن الحسن رض هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تقطع
في ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن ايمن بن ام ايمن اخي اسامة
ابن زيد لامه وعن الشافعي اجاب بان ايمن ابن ام ايمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل ان يولد مجاهد قال ابن ابي حاتم في المراسيل

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع

وسالت ابي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن ايمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق في ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل واري انه والد عبد الواحد بن ايمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر ان ايمن اسم للصحابي وهو ابن ام ايمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي اخر وقال ابو الحجاج المزني في كتابه ايمن الحبشي مولى بني مخزوم وروى عن سعيد وعائشة وجابر وعنه ابنه عبد الواحد وثقه ابو زرعة ثم قال ايمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن ابي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما احسب له صحبة وقد جعله اسحاق التابعين واما ابن ابي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن ابي حاتم مولى ايمن الحبشي مولى ابن ابي عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد سمعت ابي يقول ذلك وسئل ابو زرعة عن ايمن والد عبد الواحد فقال حكى ثقة وقال ابن حبان في الثقات ايمن بن عبيد الحبشي مولى ابن ابي عمر المخزومي من اهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن ايمن وكان اخا اسامة بن زيد لامه وهو الذي يقال له ايمن ابن ام ايمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه في القطع مرسل فهذا يخالف الشافعي وغيره ممكن ذكر ان ايمن ابن ام ايمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين وكذا فعل الدارقطني في سنة ايمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينارا روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في ايمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي ام تابعي ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكر ابو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادحا بل هو حجة فوجب اعتبار قوله فقد اختلف في تقويم المجن اهو ثلاثة او عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما امكن في الحدود ثم يقوي ما رواه النسائي ايضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه الدارقطني ايضا واخرجه هو واحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وكذا اسحق ابن راهويه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن فعليه فيه القطع وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المص وتاييد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني في معجمه واشار اليه الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند ابي حنيفة من رواية ابي مقاتل عن ابي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال كان تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن ابي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم واخرجه ابن خسرو من حديث محمد بن الحسن عن ابي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في اقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا كان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالوقوف فيها محمول على الرفع **قوله** واسم الدراهم يعني في الحديث وهو قوله

والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في عامة البلاد قوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد انشاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس

اوعشرة دراهم يطلق على المضروبة عرفا فاذا اطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري وهو ظاهر الرواية وهو الاصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال الجناية لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا تقطع بها ولو تجوز بها لان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن ابي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة حتى لو سرق عشرة تبرا اي فضة غير مضروبة صح قيمتها اقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع على ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وانت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة قوله والمعتبر وزن سبعة يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل كما في الزكوة وتقدم تحقيقنا فيما في الزكوة وهو انه ينبغي ان يراعى اقل ما كان من الدراهم على ما قالوا واما هنا فمقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة اصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى اصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بانه ادرء للحدود ما كان دارئا كان اولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا ان كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطا ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة ولا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا قوله قوله اي قول القدوري او ما يبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا حتى لو سرق دينارا قيمته اقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت اي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جيادا بوزن سبعة مثاقيل او اكثر سواء كان في الوقت كذلك او لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمته غير الفضة عشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله او فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد قيمته فيها عشرة فاخذ في اخرى وقيمتها فيها اقل لا يقطع وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق اقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مصكوكة لا يقطع لانه يخالف النص في محل النص وهو قوله لا قطع الا في ربع دينار او عشرة دراهم في محل النص وهو ان يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب الماخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر في علامة فتاوى سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب دعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم الا ترى انه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوي درهما ولا بد ان يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو بعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر ان يتوضأ بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب بمرة واحدة فلو اخرج بعضه ثم دخل واخرج باقيه لا يقطع قوله والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف فيتكامل

ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا بالاقرار مرتين و
يروى عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فتعتبر بالاخرى وهي البينة كذلك اعتبرنا في الزنا وهما
ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد
فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع
في حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع

وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة صيانة لاموال الناس والرق منصف فما امكن فيه التنصيف نصف ما عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا يكمل
حد ورة والا احد في السبب في حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد
فحد على نصف حد الاحرار لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناوله
الارقاء **قوله** ويجب القطع باقراره رواه حد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي واكثر علماء الامة وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره
مرتين وهو قول احمد وابن ابي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن ابي يوسف اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلوا
بالمنقول والمعنى اما المنقول فما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي انه عرض له لص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال
صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فاعاد ما عرض مرتين او ثلاثا فامر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرر اقراره واسند
الطحاوي الى علي رض ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه واما المعنى
فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في العدد فيقال هذا فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود ونظيره الحاق الاقرار في حد الزنا في العدد
بالشهادة فيه ولابي حنيفة ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال
ما اخالك سرقت فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم
حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة واما المعنى
فما نص بحد القذف والقصاص وهو وان لم يكن فهو في معناه من حيث انه عقوبة بكذا ظهر الموجب فيكتفى به كالقصاص وحد القذف واما قياسه على الشهادة
فمع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على ان الاقرار الاول اذا صادف
محله لا يفيد شيئا اذ لا يزداد صدقا واما كاذب فبالثاني يزيد صدقا فظهر انه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدته رفع احتمال كونه رجع عنه اجاب المصنف بقوله
وباب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فلا ان يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه لوجه لان صاحب المال يكذبه فلا يقبل رجوعه
عنده واما النظير المذكور اعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم ان ذلك بطريق القياس كيف واصله اعني الشهادة في علامة
العيون حكمه وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس قالوا واقع ان كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت
بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه اعلم فروع في عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في
العشرة دنانير ويضمن المائة هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول ابي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة واقر بعشرة دنانير
فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع
وينتفي الضمان بخلاف قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ووجب القطع
وانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه اقر بسرقة
مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو انه صدقه في الرجوع الى
المائة لا ضمان وفي علامة العيون قال انا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال

قال ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وينبغي أن يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ولا يقطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة

والاول على الحال قوله ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع الائمة قوله وينبغي ان يسألهما الامام عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار واذخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر مذهب الثلاثة او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الآخر او ناول رفيقا له على الباب فاخرجه ويسألهما عن ماهيتها فانها تطلق على استراق السمع والنقص من اركان الصلوة وعن زمانها لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدا بالضمان لا يقطع على ما مر وتقدم ايضا ما اورد من ان التقادم ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تأخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ويسألهما عن المكان لاحتمال انه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسأل المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا وفي الكافي وعن المسروق اذا سرقه اكل مال لا يوجب القطع كما في الثمر والكثر وعن قدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وانت تعلم ان شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومته الحاضر لا تستلزمان ثبوت النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم ان يقول سرق مالي وانا مولاه او وجده وانما يسأل عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول ابي يوسف يجوز ولم يقع تفصيل في هذا الحكم اعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من انه يحبس لتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب انه صار متهما بالفساد انه لو صح التكفيل ينبغي ان لا يعدل عن حبسه بسبب لزومه من التهمة بالفساد في الارض وكذا ذكر في الفتاوى من تهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في الحبس الى ان يظهر التوبة بخلاف ما يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلوة فانه يحبس ويؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة وجده رجل يذهب في حاجة غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان يأخذه وللامام ان يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتوبة مشروع واذا عدل الشاهد ان المسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهد ان غائبان لم يقطع ايضا حتى يحضروا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم ويمضي القصاص ان لم يحضروا استحسانا هكذا في كافي الحاكم

قوله واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع ومعلوم تقييده قطعهم بما اذا لم يكن منهم احد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم نصاب لعدم كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق لسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد لعينه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون سرقة نصابا

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ما يقطع فيه المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره عن بيان السرقة وما يتصل بها قوله لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام اي اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان اخذ واحرز وصار مملوكا التافه والتافه الحقير الخسيس من باب ليس كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير

اما الاصل فيه حديث عائشة رض قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه السلام في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورة غير مرغوب فيه حتى تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزجر ولهذا لم يجب القطع في سرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص لا يرى ان الخشب تلقى على الابواب انما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة الثابتة فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحل يبذل لمن يباح له ويدخل في السمك المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام كما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليه ما ذكرنا

والصيد بريا او بحريا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين الطين الاحمر ويجوز اسكانها والنورة قوله والاصل فيه حديث عائشة رض هو ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه وسنده ثنا عبد الرحمن بن سليمان عن هشام بن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في سنده ولم يقطع في ادنى من ثمن مجنة او ترس ورواه مرسلا ايضا ثنا وكيع عن هشام ابن عروة عن ابيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه اخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا اخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عائشة رض ولم يقل في عبد الله هذا شيئا الا انه قال لم يتابع عليه ولم ار للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان في رواته نظرا ولا يخفى عن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن ابي شيبة ومتابعة عبد الرحمن بن سليمان واذا عرف هذا فقال المص ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته اي الاصلية بان لم تحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه حقير فيكون تناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا ثم قوله بصورته ليخرج الابواب والاواني من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي ان يقطع به لانه يحمر ويصبغ به في دكاكين العطارين كساير الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والابنوس واختلفت في الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين وقوله تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه ولا يضن به الطباع اذا احرز حتى انه قلما يوجد اخذه على كره من المالك فلا يتسبب الى الجناية بناء على ان الظنة بها تعدم من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المص ولان الحرز فيها ناقص فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز قال والطير يطير يعني من شانه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه ان قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الا ان هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي الصيد قبل الاحراز لقوله عم الصيد لمن اخذه وهو حال كونه على تلك الصفة اي الاهلية تورث الشركة العامة شبهة فيه بعد الاحراز فيمنع القطع والوجه ان يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع واما قوله عم الناس شركاء في ثلاث فانما يتناول الخشب والقصب بلفظ الكلاء ففيه قصور ايضا قال ويدخل في السمك المالح والطري وصوابه السمك المليح او المملوح وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقل احرازه عنه واما قوله ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله بن يسار قال اتي عمر بن عبد العزيز في رجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن هشيم عن محمد عن يزيد بن حفصة قال اتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى في ذلك السائب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع في الطير وعليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للراي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف قوله وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطير والتراب والسرقين وروي عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعادن والنبيذ لان ما سوى هذه الاموال متقوم

لم يعن عروة

لم يعن عروة

لم يعن عروة

لم يقطع

قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر
الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل
منه وما في معناه كاللحم والثمر لانه يقطع في الحنطة والشعير اجماعا وقال الشافعي رح يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع
في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين والجران قطع قلنا اخرجه علي وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس
من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز

محرزة فصارت لغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال اثرها بالاحراز بعد التملك وهو قول الشافعي رح والحجة عليها ذكرنا من حديث
عائشة وثبوت الشبهة **قوله** ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والخبز الصاذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم
القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا او غيره والفواكه الرطبة وعن ابي يوسف رح يقطع بها وبه قال الشافعي لما عنه عرم من رواية ابي داود والنسائي
وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن عبد الله بن عمر انه عرم سئل عن الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة
غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه ومن سرق منه شيئا بعد ان يأويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع اخرجه
ابو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق اربعتهم عن عمرو بن شعيب به واخرجه
النسائي ايضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة سأل رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الحرية التي تؤخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب ونكال وما اخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك
ثمن المجن قالوا يا رسول الله فالثمار قال ما اخذ منها في اكمامها فقال من اخذ بفيه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين
وضرب ونكال وما اخذ من اجرانه ففيه القطع رواه احمد والنسائي وفي لفظ ما نزى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من الثمر
المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما اخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات
ونكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال اذا ثبت اسحق بن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كايوب عن نافع
عن ابن عمر ورواه ابن ابي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو قال ليس في شيء من الثمار قطع حتى يأويه الجرين واخرجه عن ابن عمر مثله سوا
اجاب بانه اخرج على وفق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لكن نافي المغرب من قوله الجرين المربد
وهو الموضع يبقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي ان يكون فيه الرطب في زمان وهو اول وضعه واليابس وهو الكائن في آخر حاله
فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع في بعض الالفاظ الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من
مذبحه الى منحره والجمع جران فجاز ان يسمى به هنا الجراب المتخذ منه فكانه قال حتى يؤويه المربد او الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين
اي المربد حتى يجف اي حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الجرين الا فنفس الجرين ليس حرزا يجب القطع بالاخذ منه اللهم الا ان
يكون له حارس متر صد والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر وقوله لا قطع في الطعام اما الاول
فرواه الترمذي عن الليث بن سعد والنسائي وابن ماجة عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان
عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق ودبا من حائط فرفع الى مروان فامر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي صلى الله
عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الاول وفي القسم الثاني قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره
ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل اولى لما عرف انه زيادة من الراوي الثقة
وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درأ للحد والا
بالتقدم متروك الظاهر فانه لا يضمن السرق بمثلي قيمته وان نقل عن احمد فعلها الامة على خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى

ولا يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتاول في تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور ولا في سرقة المعازف ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن ابي يوسف رح مثله وعنه ايضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الاخذ يتناول في اخذة القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا بجلده والاوراق والحلية وانما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب

وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يتبع عموم ذلك فنسيه دلالة النسخ او النسخ فينفرد بذا الحديث المبارك فبطل قول من قال بتقييد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعني تفصيل الحديث المذكور بين ان ياكله من اسفل النخل فلا شيء عليه او يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات نكال او ياخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودي وهو صغار النخل وجرمه في المغرب انه خطاء واما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اني لا اقطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه ويجب اعتباره في غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما تسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل سندا في مغناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما تسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول وعنه عموم لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رض لا قطع في عام سنة

قوله ولا قطع في الاشربة المطربة الى المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة خراج يخرج فيستخف العقل فيصير رسنه الا يعلم كما تراه من صياح النكليات وضرب فخذيهن وشق جيوبهن فيما لا يكبر نفعا وليس لسلب مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله او شدة سرور فيوجب ما هو معهود من التهالك والمسألة للاختلاف. اما عند الائمة الثلاثة فانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو مما تسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء في تقومها اختلاف فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على انه يتاول فيها الاراقة فيثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفي من كتاب الجرد قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان برواية علي بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب قوله ولا في الطنبور ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعن ابي حنيفة رح ان ضمنها لغير اللهو الا انه يتاول اخذه للنهي عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهي آلة اللهو قوله ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي ومالك وهو رواية عن احمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح اذا بلغت حليته نصابا وفي رواية اخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان ورقه بال وما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفي رواية اخرى عن احمد ان اخذه يتاول القراءة لازالة الاشكال لا يقطع وجه الظاهر ان الاخذ يتاول في اخذه القراءة والنظر فيه ولان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب واحرازه لاجله والاخذ ايضا يتاول اخذه لاجله لا للتبع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب لا يقطع وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم اقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف رح عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل ولكنا نقول السارق انما قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم واذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مثله انه لو كان الثوب مما يحمل وعاء عادة للدراهم قطع والا لا وهنا يردد بين العلم وعدمه فالحاصل انه يعتبر ظهور قصد السرق فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذا فمسألة العلم بالمضروب وعدمه صحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم وهو المدار في نفس الامر

ولا يقطع في باب المسجد [illegible] لانه محرز بباب الدار [illegible] ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع سرقة
متاع [illegible] ولا تصليب من فضة [illegible] التبر [illegible] الكسر تحقيقا على المنكر بخلاف الدرهم الذي عليه التمثال لانه ما اعد
للعبادة فلا يثبت شبهة [illegible] الكسر [illegible] لا يقطع لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية
والحرز [illegible] ساق [illegible] الحرز [illegible] ولا يتناول في اخذ الصبي [illegible] الى مرضعته وقال ابو يوسف
يقطع [illegible] الصبي [illegible] الخلاف في صبي يعقل ولا يتكلم كيلا يكون [illegible]
[illegible] لا يقطع [illegible] لانه [illegible] البالغ [illegible] في [illegible] وقال ابو يوسف لا يقطع
[illegible] منتفعا [illegible] الا ان [illegible] منتفعا به الا ان انضم اليه معنى الادمية

لا يشاع عليه ولا يثبت الا بالاقرار والقدم هو اذا لم يقر بجلبه في الشرب فانه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد اليه وذلك بان يكون كيسا فيه
الدراهم فلا يقبل قوله لم اقصد لم [illegible] قوله ولا يقطع في باب المسجد لعدم الاحراز وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لانه محرز
باحراز مثله وكذا القطع عندهم في باب الدار فيقاس عليه من رد المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في انه ليس محرزا وفي حرزه شبهة اذ هو بالخارج
والرائح ومنها ينبغي الحد [illegible] لم يذكر ذلك في مقام نصب الخلاف ليلزم ذلك بل اشبه لنفسه على الاصل فانه لم ينصب خلافا وانما يعرض ذلك
لو نصب الخلاف وافاد المص في اشارة المسئلة انه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصيره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا قطع في استار الكعبة وهو قول مالك
واحمد والاصح من قول الشافعي لانه مالك له وبهذا الوجه ينبغي القطع في باب المسجد قوله ولا في صليب من الذهب والفضة ولا الشطرنج ولو كان
من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطب لا الزهر ولانه يتناول من اخذه بالكسر اي باحة الاخذ لكسرها عن المنكر فلا يجب الاضمان ما فيه من المالية
والصليب بالهيئة خطين متعارضين يقال لكل جسم صلب وعن ابي يوسف ان كان الصليب في مصلاهم اي معابدهم لا يقطع لعدم الحرز
لانه بيت مأذون في دخوله وان كان في رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تأويل الاباحة وهو عام لا يختص
بغير الحرز وهو المستقيم قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي يساوي نصابا وفيه بالحر يخرج العبد على ما سيأتي والحلي بضم الحاء جمع حلي بفتحها
وليس من ذهب وفضة او جوهر وقال ابو يوسف يقطع اذا بلغ ما عليه نصابا لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف في صبي
لا يعقل ولا يتكلم فلو كان يعقل ويتكلم ويميز لا يقطع اجماعا لانه في يد نفسه فكان اخذه مختارا ولا قطع في الخداع وعين لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف
عن اصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر انه ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمص ان يقول وعن ابي يوسف
والا اوهم انه مذهب المقول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي يقطع بسرقة غير المميز الحر لانه كالمال وجه الظاهر ان
الصبي اذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالاخذ دون ما عليه الا تبعا ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع الا في اخذ المال فلا يقطع وان كان
اثمه وعقابه اشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة جل جلاله ثلاثة انا خصيمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه
ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه اجره لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا واما التأويل الذي ذكره من قصد
تسكينه وابلاغه الى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه وعلى هذا الخلاف اذا سرق اناء وفضة فيه نبيذ او ثريدا وكلبا عليه
قلادة فضة يقطع على رواية ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة ولابي حنيفة ومحمد ان الاناء تابع واذا لم يجب في المتبوع القطع لا يجب في
التابع واعتمادهم وجوب القطع في الاناء المعاين ذهبية وان كان فيه ما كان فان تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه
بل الظاهر ان كلا منهما اصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه اظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بآليته الى اضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية
في قصد الاخذ لا باعتبار غيره والظاهر تعديده وحمايته فيه ما ذكرنا وما في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة
وقيمة العسل درهم يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه اكافه يساوي درهما بخلافه الوقر قيمته فيهما يساوي عشرة لانه سرق
من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا يساوي عشرة مقرونة عليه عشرة قال يقطع اذا علم ان عليه بالاتفاق ما اذا لم يعلم قوله
ولا قطع في سرقة العبد الكبير يعني العبد المميز المعبر عن نفسه بالاجماع لانه اذا كان نائما او مجنونا او اعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة يقطع

ولا تقطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ قال ولا في سرقة كلب لا قيمة له لان من جنسه ما يوجد مباحا الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة تتناول الكسر فيها ويقطع في السماج والقناة والابنوس والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال ولا يقطع في الفصوص والحصر والياقوت والزبرجد لانها من اعز الاموال انفسها لا توجد مباحة الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع فيها لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة الا ترى انها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب بل هي تبع غير المرزوق في العصر الذي يتاتى فاوجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير الكلب اذا كان قيمته ما لا يقطع فيه لان القطع منه لا غرابة في سرقته

الاستثناء ابن قدامة ولم يذكر شيئا يحتمل النصوص على انه لا قطع في الادمي الذي يعقل سواء كان نائما او مجنونا او غبيا وقالوا هو ليس بسرقة اما غصب او خداع لا يقطع في سرقة العبد الصغير الذي ليس بمميز ولا معبر عن نفسه بالاجماع لانه مال متقوم بكذا حكى الاجماع ابن المنذر مع ان ابا يوسف قال استحسن ان لا اقطعه لانه مال من وجه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد فالدفع منها لا بد ان تسلط على هذه النكتة فتمسك استدلالها كما قيل ولهما ان حقيقة السرقة وهو اخذ مال متبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود وقول المص ولهما انه مال مطلق لانه ينتفع به ان كان ستة يعقل او يعرض ان يصير منتفعا به ان كان بخلاف ذلك احسن منه لتضمن لفظ المطلق منع ان في ماليته شبهة وانضمام معنى الاداة اليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من اعز الاموال عند الناس وما فيه من المالية يعتبره كمال فيما ليس بمال فسارقه كسارق درة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب هو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا قوله ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ لانه لا يستفيد الاخذ به نفعا فكان المقصود الكواغد فيدخل في عموم ولا قطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بالشريعة لان معرفتها قد توقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كنت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا انه لا يختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وانت سمعت ما به الدفع قوله ولا في سرقة كلب لا قيمة له بالاجماع خلافا لاشهب قرين بن القاسم فانه قال عدم القطع في المنهي عن اتخاذه اما في المأذون في اتخاذه كالكلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل ويجب لا اصل هو غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة فيها قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار وكذا جميع آلات اللهو لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة تتناول في اخذها الكسر في دال الدف الضم والفتح واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة لهو قوله ويقطع في السماج والقناة والابنوس وهو بفتح الباء فيما سمع والصندل والعود الرطب لان هذه ليست مباحة في دار الاسلام وهو المعتبر واما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا القطع فينا في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الابنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في الماليه بقطع في الفصوص النفيسة والزبرجد لانها من اعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب قوله واذا اتخذ من الخشب اواني وابوابا قطع فيها لانه اي الخشب بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة ولذا تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة لم تغلب على الجنس لتقطع ملاحظة

ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن

بها فلم يخرج بها من كونها تافها بين الناس حتى ان الحصير تبسط في غير الحرز وكذا القصب المصنوع يوارى بخلاف الخشب غلبة الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصلت به سنة حتى لو غلبت في الحصر ايضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وهي العبادانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها اخذت اسما آخر انتهى وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي تقطع حكم الجنس بها ان يتجدد لها اسم وعلمت عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم اخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كان تبسط في غير الحرز او لان شبهة النفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في الاجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يشرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز اما المركب فلا يقطع بعندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكك وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانما نقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع في فروة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب الجامع وفي الشامل قسم المبسوط وقدمنا ان عند الائمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرزا لنفسه يكون حرزا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله امكن اعتبار الحرز في كل شيء **قوله** ولا قطع على خائن ولا خائنة وهما اسم فاعل من الخيانة وهو ان يؤتمن على شيء بطريق العارية او الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه حرز ما دون السارق في دخوله لا تنهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع وكذا المختلس لانه المختفي للشيء من البيت ويذهب او من يد المالك وفي سنن الاربعة من حديث جابر عنه عم قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوح بذلك وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم من العلماء وقد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عائشة ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء اخذوا بهذا الحديث واجابوا عن حديث عائشة رضي الله عنها ان القطع كان لسرقة صدرت منها بعد ان كانت ايضا متصفة بشهرة بجحد العارية فعرفتها عائشة رضي الله عنها بوصفها المشهور فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية سرقت فامر بقطعها بدليل ان في قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلوة والسلام خطيبا فقال انما هلك من كان قبلكم انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق منهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد والجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الاخر بالقبول والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة رضي الله عنها قالت استعارت امرأة متاعا حليا على السنة اناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فاخذت فاتي بها النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر

ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف والشافعي رح عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه لانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الاتعاظ لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما وراءه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا

مقيدا ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ ولذا حمل على انهما واقعتان وانعدم قطع امرأة بجحد المتاع واخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا في سنن ابن ماجة ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن امه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن ابيها قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعظمنا ذلك كانت امرأة من قريش فجئنا النبي صلى الله عليه وسلم فكلمه وقلنا نحن نفديها باربعين اوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهرها فاتينا اسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثركم على حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد في الطبقات هذه المرأة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هي ام عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد اخت عبد الله بن سفيان قوله ولا قطع على نباش وهو الذي يسرق الكفن الموتى بعد الدفن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وباقي الائمة الثلاثة عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن العلماء ابو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول ابي حنيفة قول ابن عباس والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري ثم الكفن الذي يقطع به ما كان مشهورا فلا يقطع في الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب او مال ذهب وغيره لانه تضييع وسعة فليس محرزا وفي الوجيز في الزائد على العود الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم في القطع وان كفنه جنبي فهو الخصم لانه لهم قوله عم من نبش قطعناه وهو حديث منكر وانما اخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن ابيه عن جده وفي سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذي ذكره المص لا قطع على المختفي قال وهو النباش بلغة اهل المدينة اي بفهم واما الاثار فقال ابن المنذر روي عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخاري في تاريخه ثم اعله بسهيل بن ذكوان المكي قال عطاء كنا نتهمه بالكذب وبمثله اي في الضعف اثر عن ابن عباس رواه ابن ابي شيبة وفيه مجهول قال ثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع واما ما رواه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي اخبرني عبد الله بن ابي بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب رض فكتب فيهم الى عمر رض فكتب عمر رض انه اقطع ايديهم فاحسن منه بلا شك رواه ابن ابي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال اتي مروان بقوم يختفون اي ينبشون القبور فضربهم وفيهم الصحابة والتابعون انتهى واخرجه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر به وزاد طوف بهم وكذا احسن منه بلا شك روى ابن ابي شيبة ثنا حفص عن اشعث عن الزهري قال اخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رأيهم على ان يضرب ويطاف به انتهى فح لا شك في حجية هذه من جهة الاثار واما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المص بقوله ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما المالية فظاهر واما الحرز فلان القبر حرز للميت بشاهد منع له فيكون حرزا للمال ايضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا في حديث ابي ذر حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم كيف انت اذا اصاب الناس موتة يكون البيت فيه بالوصف يعني القبر قلت الله ورسوله اعلم وما اختار لي ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب ابو داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به ابو داود ولانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شيء ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فما سرق شيء منها من شيء منها قطع لو سرق الدرة من اصطبل او من

زيلعي

ان عمر كتب عمر ان اقطع

ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم ولا من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه لا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا من حقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر به من اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد

خطيرة لا يقطع اولا ترى ان الوصي اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لورثته شيئا فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان اخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب اولا بمنع الحرز لانه حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متعهد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى انه حرز تسمية او حائطية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا نزل من ان يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفي القطع ويبقى شبهة الشبهة في كونه مملوكا وثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المص زيادة فكل منهما يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير مملوكة لاحد لا للميت لانه ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا لا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغريم حتى كان له ان ياخذها بحقه فان صح ما قلنا من انه لا ملك فيه لاحد لم يقطع والا فتحقق شبهة في مملوكيته لقولنا فلا يقطع به ايضا بل يقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما تجري فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم انه كفن به ميت الا ما ورا من الناس واما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة فيه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة واما الاستدلال بتسميته بيتا فابعد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوائط ليوضع للميت وليس القبر كذلك على ان حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو الكثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درئه بالممكن بل يجب حمله على بعض المال صدقات التي لا احد معها والله سبحانه اعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا اما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود شرعا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا من تحقق الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد لص ذلك لا ينبغي ان يقطع سياسة لاحد او هو محل ما رواه لو صح قوله ولا يقطع السارق من بيت المال وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه مال العامة وهو منهم وعن عمر رض انه شبهه وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد الا وله في هذا المال حق ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة بان سرق احد الشريكين من حرز الاخر بالاشتراك بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذ قبل الاجل وجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة تصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن وكذا لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لان بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو اخذ من غير جنس حقه وان كان حقه دراهم او دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها اللهم الا ان يقول اخذتها رهنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابي ليلى قضاء لحقه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك وان كان ورهنا

ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت وهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدل انتفت الشبهة الناشية من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا ٥٥٥

فاخذ دنانير او سلعة القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضي فليس له اخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة ودنيه دراهم ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ لهما ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده الماذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها بان كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ومالك واحمد لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه فيما روى الدارقطني من حديث ابي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه مرفوعا اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث ولان السرقة الثانية مثل الاولى في سببية القطع بل افحش لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص ابا يوسف ان المسروق عاد لقومه بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو اتلفه بعد الرد فتمت سببية للقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فانه يقطع اتفاقا ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة انها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفاء السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالسنة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيها تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عم هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع انه عين اللحم مع ان مشائخ العراق على انه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء قلنا ان تمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشائخ بخارى القطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وايضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم انما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هي قليلة بالنظر فلم يقطع في محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحد ثم قذفه بعين ذلك الزنا بان قال انا باق على نسبتي اليه الزنا الذي نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا اما لو قذفه بزنا اخر جبه به اورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمراة التي زنى بها اولا بعد ان جلد احد بزناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا ووقوعه في غير محل الحاجة اليه لو شرع واجيب بالفرق بان حرمة المحل في الزنا لا يسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح تيم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه اعني كون اقامة الحد اولا توجب ندرة العود فيوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع حق لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله قوله فان تغير عن حاله مثل ان يكون المسروق الذي قطع به غزلا ثم نسج بعد رده فسرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطنا فصار غزلا لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة

فصل في الحرز والاخذ منه ومن سرق من ابويه وولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال في الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني وهذا ابلغ الشرع انتقال مواضع الزينة الظاهرة منه بخلاف الصبي لانه عادة بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة قد بينا في العتاق ولو سرق من بيت ذي رحم محرم منه غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه

الثوب واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل اي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لان اتحاد القطع وهي شبهة سقوط قيام العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجبها شيئا آخر فان قيل العين قائمة متبقية وانما تبدل الاسم والصورة واجيب بان التكمن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الحكم بعد شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه آنية او كانت آنية فكسرها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم سرقه فقطع سرق المغصوب لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك ولو فعله الغاصب فلم يصر في حكم بين اخرى +

فصل في الحرز والاخذ منه

قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كالمقدم في الاثم ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي ان من جعل في الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عمن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع قال ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع في اقل من ثمن المجن ولا قطع في خربسيه الجبل فخصصت الآية به فجاز تخصيصها بعده بما هو من الامور الاجماعية واما باخبار الآحاد وسياتي ما هو المانع من ذلك ثم الحرز ما عد حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تنصيص على بيانه فيعلم به انه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا انه يقيد المالية اي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا قوله ومن سرق من ابويه وان علوا او ولده وان سفل او ذي رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة لا يقطع وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في ماله او كذا يجريان مجراه فيقبل شهادته بطل قوله في الكافي اما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب الضافي سرقة مال ابنه لظاهر الآية وقال الشافعي يقطع في السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اي عدم القطع في قرابة الولاد فلانها عادة تكون منها البسوطة في المال والاذن في الدخول في الحرز حتى يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا امتنعت شهادته له شرعا وتخص سرقة الاب من مال الابن قوله عم انت ومالك لابيك اما غير الولاد وهو الذي اراد المص بقوله والثاني للمعنى الثاني اي الاذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي بالقرابة البعيدة قال المص وقد بيناه في العتاق اي سرقة من ذي رحم محرم منه عتق عليه لكن الحقناه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع الحقهم بهم في اثبات الحرمة واقراض الوصل فكذا الحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بين هؤلاء ثابت عادة لازيادة وصلة الرحم ولذا اصل النظر منها الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالنصف للدملج والعضد للقلادة وقد الساق للخلخال وما ذاك الا للزوم المحرم لو وجب ستر ما عنه مع كثرة الدخول عليها وهي مزاولة الاعمال وعدم احتشام احدهما من الآخر وايضا فهذه الرحم المحرمة تتعرض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرءه وذكره في الكافي وسياتي ما فيه وما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت آبائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فدفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا ولو لم

وان سرق من امه من الرضاعة قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والحرمية بدونها لا تتحرم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرز عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر والعبد من سيده او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك الجواب عندنا خلافا للشافعي رح لبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ما كثر عن على رضاه رح وتعليلا

اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع الغريب ثم هو ان ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان ما قلنا في انت وما لك لابيك فان قلت فقد قال او صديقكم كما قال او بيوت اخوانكم والحال انه يقطع بالسرقة من صديقه اجيب بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا العكس على الوجه الذي قدمناه من ان في القطع القطعية فيندرئ وهو الموعود ولذا والله اعلم لم يعرج المص عليه **قوله** ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وهو قول اكثر العلماء وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة وجه الظاهر انه لا قرابة بينهما والحرمية بدون القرابة لا تحرم كما اذا ثبتت الحرمية بالزنا بان زنى بامرأة تحرم عليه امها وبنتها يقطع بالسرقة منهما واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة فان فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها في اثبات القطع اولى منه بالالحاق بالحرمية الثابتة بالوطء ثم تعرض المص لابطال الوجه المذكور لابي يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب فانه يشتهر فلا يتهم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استيذان الخ فقال لا نسلم ذلك الا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استيذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال امه من الرضاعة ولم يقطع في سرقة مال امه من النسب **قوله** واذا سرق احد الزوجين من مال الآخر او العبد من سيده او امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة فاختل الحرز وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رح في احد اقواله وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لانه للمرأة حق في مال النفقة وجه قولنا انه بينهما بسوطة في الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهي انفس من المال كانت بالمال اسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفي موطأ مالك عن عمر رض انه اتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال ليس عليه شيء خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى قال المص هي نظير الاختلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع احدهما بمال الآخر كما ان شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل في احد قوليه فان قلت احد الزوجين ربما لا يبسط الآخر في ماله بل يحبسه منه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يضيق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال ابو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه او ابيه او زوج ابنته او زوج امه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يجب القطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق احد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد ان قضي بالقطع او لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا قضي عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأة المبتوتة او المختلعة في العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هي من الزوج في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع **قوله** ولو سرق

قال والحرز على نوعين حرز بالمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ قال العبد الضعيف الحرز لابد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله عليه السلام من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا باخراجه منه لقيام يده قبله بخلاف الحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما اخذ زال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستاجر بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى

المولى من مكاتبه لا يقطع بلا خلاف لان للمولى حقا في اكسابه ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى او عتق كان له ولا يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق احد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبد له او من زوجة سيده وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع لسرقة مال من عدا سيده كزوجة لسيده لعموم الآية وتقدم اثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المراة ثمين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم في المدبر كذلك وكذلك السارق من المغنم لا يقطع لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رض درءا وتعليلا رواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابي عبيدة بن برص وهو يزيد بن دثار قال اتي علي برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجة حدثنا جنادة بن المفلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس رض ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه قال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى ان هذا ليس مما نحن فيه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة واسناده ضعيف

قوله قال اي المصنف الحرز لابد منه لوجوب القطع لان الاستسرار لا يتحقق دونه لانه اذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه او انسان منتصب للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تع والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاخفاء ولا يتحقق الاخفاء دون الحافظ فيخفى الاخذ منه او البناء فيخفى دخوله بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه واورد على وفق الكتاب لا مبين مخصص ثم هو على نوعين حرز بالمكان كالدور والبيوت والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلادنا مصر الدكاكين والصناديق والخيام والحزكاه وجميع ما اعد لحفظ الامتعة فقد يكون بالحافظ وهو يغني عن الاماكن البينة على ما ذكر في المحيط وذلك كمن جلس في الطريق او في الصحراء او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في المسجد على ما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجة ومالك في الموطا واحمد في مسنده من غير وجه الحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي انه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه الساحا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طرق السنن عن عبد الله بن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت فصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت راسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت راسه فاخذه فاتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق رداءي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم سرقت رداءه هذا فقال نعم قال اذهبا به فاقطعاه فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده في ردائي فقال فلولا كان قبل ان تاتيني به زاد النسائي فقطعه وفي المستدرك سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما

قوله وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح احترازا عما في العيون على قول ابي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن اي في وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى

قال ومن سرق شیأ من حرز او من غیر حرز وصاحبہ عندہ یحفظہ قطع لانہ سرق مالا محرزا باحد الحرزین ولا قطع علی من سرق من حمام او من بیت اذن للناس فی دخولہ فیہ لوجود الاذن عادۃ او حقیقۃ فی الدخول فاختل الحرز ویدخل فی ذلک حوانیت التجار والخانات الا اذا سرق منہا لیلا لانہا بیوت لاحراز الاموال وانما الاذن یختص بالنہار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبہ عندہ قطع لانہ محرز بالحافظ لان المسجد مبنی لاحراز الاموال فلم یکن المال محرزا بالمکان بخلاف الحمام والبیت الذی اذن للناس فی دخولہ حیث لا یقطع لانہ بنی للاحراز فکان المکان حرزا فلا یعتبر الاحراز بالحافظ

وہو ظاہر المذہب وجہ الصحیح انہ محرز بدون الحافظ لان المکان فی نفسہ صالح للاحراز وہو المنع من وصول ید غیر صاحبہ الی ما فیہ وبنوزہ المال مع ذلک مختفیا ولیس ہذا مع الحافظ فنوفرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا یعتبر وجودہ معہ فلذا کان الاصح انہ اذا دخل الحمام فی وقت الاذن فی دخولہا وسرق منہا ما عندہ حافظ لا یقطع لان الحمام فی نفسہ صالح لصیانۃ الاموال الا انہ اختل الحرز للاذن فی دخولہا ولذا یقطع اذا سرق منہا لیلا بخلاف المسجد لانہ ما وضع لاحراز الاموال فیقطع السارق بمال عندہ من یحفظہ فیہ وقد قطع سارق رداء صفوان وکان نائما فی المسجد ولکون المکان ہو الحرز الذی یقتصر النظر علیہ قلنا یقطع السارق منہ وان لم یکن لہ باب او لہ باب ولکنہ مفتوح لان البناء للاحراز الا انہ لا یجب القطع الا بالاخراج لقیام ید المالک قبل الاخراج من دارہ فلا یتحقق الاخذ الا بازالۃ یدہ وذلک بالاخراج من حرزہ بخلاف المحرز بالحافظ فانہ یقطع کما اخذہ لزوال ید المالک بمجرد الاخذ فیتم السرقۃ فیجب موجبہا ولا فرق فی وجوب القطع بین کون الحافظ فی الطریق او الصحراء والمسجد مستیقظا او نائما والمتاع تحتہ او تحت رأسہ او عندہ وہو بحیث یراہ لانہ یبعد النائم عند متاعہ وبحضرتہ کیف ما نام مضطجعا او لا حافظا لہ فی العادۃ وقولہ ہو الصحیح احتراز عن قول بعضہم باشتراط المتاع تحت راسہ او تحت جنبہ وجہ الصحیح ما ذکرنا ولہذا لا یضمن المودع والمستعیر اذا حفظا الودیعۃ والعاریۃ کذلک فسرقت ولو لم یکن ذلک حفظا لضمنوا بخلاف ما اختارہ فی الفتاوی فانہ اوجب فیہا الضمان علی المودع والمستعیر اذا نام مضطجعا ثم ما کان حرز النوع یکون حرزا لجمیع الانواع ہو الصحیح کما ذکرہ الکرخی لو سرق لؤلؤۃ من اصطبل او خیطۃ غنم تقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعی فقد اطلق محمد رح عدم القطع فیہ وفی الفرس والبقر وہو مقید بما اذا لم یکن معہا من یحفظہا فان کان قطع اذا لم یکن راعیا فان کان الذی یحفظہا الراعی ففی البقالی لا یقطع وکذا فی المنتقی عن ابی حنیفۃ واطلق خواہر زادہ ثبوت القطع اذا کان معہا حافظ ویمکن التوفیق بان الراعی لم یقصد لحفظہا من السراق بخلاف غیرہ ونقل الاسبیجابی عن بعض اصحابنا کل شیء یعتبر بحرز مثلہ فلا یقطع باللؤلؤۃ من الاماکن المذکورۃ والثیاب النفیسۃ منہا وہذا قول الشافعی قولہ ومن سرق شیأ من حرز او غیر حرز کالصحراء وصاحبہ عندہ یحفظہ قطع لانہ سرق مالا محرزا باحد الحرزین وہذا العموم یتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبہ عندہ یحفظہ وتقدم ان الصحیح انہ لا یقطع بہ اذا کان وقت الاذن لان قولہ وصاحبہ عندہ یختص بما یلیہ وہو قولہ من غیر حرز فلا یرد الحمام فانہ حرز علی ان قولہ بعد ذلک ولا قطع علی من سرق من حمام او من بیت اذن للناس فی دخولہ تقییدا لہ فانہ بعمومہ یقتضی ان لا یقطع وان کان صاحبہ عندہ یحفظہ والوجہ ظاہر من الکتاب وہذا تفریع علی ما تبین الاصل المذکور قولہ ویدخل فی ذلک ای یدخل فی بیت اذن فی دخولہ الخانات والحوانیت فیثبت فیہا حکم عدم القطع نہارا فان التاجر یفتح حانوتہ نہارا فی السوق ویاذن للناس فی الدخول لیشتروا منہ فاذا سرق واحد منہ شیأ لا یقطع وکذا الخانات الا اذا سرق منہا لیلا لانہا بیوت لاحراز الاموال فانما اختل الحرز بالنہار للاذن وہو منتف باللیل ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبہ عندہ قطع لانہ محرز بالحافظ لان المسجد مبنی لاحراز الاموال فلم یکن محرزا بالمکان لینقطع اعتبار الحافظ ثم یختل حرزیتہ بالاذن کالحمام فکان الحافظ معتبرا حرزا فیقطع بالاخذ وعلی ہذا ما فی الخلاصۃ جماعۃ نزلوا بیتا او خانا فسرق بعضہم من بعض متاعا وصاحب المتاع یحفظہ او تحت

راسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع **قوله** ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه
باذونا في دخوله ولانه بالاذن صار بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له
في دخولها وهو مقفل ومن صندوق مقفل ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخرج اللص من بعض
بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا بالاذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسياتي ما يفيد هذا
قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما سعها في يد صاحبها
معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ وهتك الحرز فان كانت فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع هذا كلام محمد واول بما اذا كانت
الدار عظيمة فيها بيوت لكل بيت يسكنه اهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء اهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون
بها انتفاعهم بالسكة لانها على هذا التقدير بعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد و
هنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليها باب
يغلق فثقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان
عليه اذا تلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع لان
شرطه هتك الحرز ولم يوجد **قوله** وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع يريد دخل اهل مقصورة على غيره
فاخذ بسرعة يقال اغار الفرس والثعلب في العدو اذا اسرع وقوله فسرق تفسير لقوله اغار **قوله** واذا نقب اللص البيت فدخل
واخذ المال فناوله آخر خارج البيت عند النقب او على الباب فلا قطع عليهما بلا تفصيل بين اخراج الداخل او ادخال
الخارج يده ثم روي عن ابي يوسف ان اخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فتناولها فعليهما
القطع وعلل للاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله لاعتراض يد معتبرة على المال المسروق قبل خروجه اي قبل خروج الداخل والوجه ان لا يقطع
الداخل كما عن ابي يوسف لانه دخل الحرز واخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كله منه لا اثر له في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال
وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بهما اذا ادخل الخارج
يده فاخذها وفيه قال ابو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محل قول ابي يوسف وقال ان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد
منهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق ان خارجا رأى نقبا فادخل يده فوقعت على شيء ما جمعه الداخل فاخذه فظاهر انه لا يقطع
واحد منهما قال والسكة بناء على مسئلة اخرى تاتي يعني مسئلة نقب البيت والقاءه في الطريق ثم خرج واخذه ولم يذكر محمد ما اذا وضع الداخل
المال عند النقب ثم خرج واخذه قيل يقطع والصحيح انه لا يقطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فاخذه ان
خرج لقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخرج ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا اخرجه الماء بقوة جريه الاصح انه
يلزمه القطع وقول الائمة الثلاثة لان جري الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع
صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا او جريه ضعيفا فاخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة الحدث

وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر وجه منه فتمت السرقة به ولنا أن الإخراج من الحرز معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لأن المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون لدفع من يدفع فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد من نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيئا ثم يقطع وعن أبي حنيفة في الإملاء أنه يقطع لأنه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج نقدا يفي ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه إدخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لأن ذلك هو المعتاد

لأنه يصدق عليه أنه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به ولو التقاه الداخل في الطريق ثم خرج وأخذه قطع به وبه قالت الأئمة الثلاثة خلافا لزفر له أن الالتقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه بأن تركه أو أخذ غيره وكذا الأخذ من السكة غير موجب للقطع فالالتقاء بحال ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق المنقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو الفرار إن أدرك ولم يعترض على المال الذي أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا وإذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لمال صاحب الدار حداوة ومضارة لا سارق وإذا أخذ غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الأخذ إليه والحاصل أن يد السارق ثبتت عليه وبالالتقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فأخذه إنسان ليرده عليه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لأنه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده إليه كرده إلى صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا إذا حمله على حمار فساقه فأخرجه لأن سيره مضاف إليه بسوقه فيقطع وفي مبسوط أبي اليسر وكذا إذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجر لا يقطع لأن للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا ينقطع نسبة الفعل إليها وكذا إذا علقه على طائر فطار به إلى منزل السارق ولم يسق الحمار فخرج بنفسه إلى منزل السارق لا يقطع قوله وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الأخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والأئمة الثلاثة لأن فعل السرقة لا يتم إلا بالإخراج بعد الأخذ والأخذ إن نسب إلى الكل فالإخراج إنما وجد منه فإنما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم لأن الإخراج وإن قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى وإذا باشر بعضهم القتل والأخذ فالباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل إلى الكل شرعا بسبب معاونتهم وإن قدره القاتل والآخذ إنما هي بهم فكذا هذا فإن السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل لدفع من يدفع فكان مثله وبهذا القدر تم الوجه وقوله بعد ذلك فلو امتنع القطع أدى إلى سد باب الحد إن منع لم يضر وإنما وضعه في دخول الكل لأنه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع إلا الداخل إن عرف بعينه وإن لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم إلى أن تظهر توبتهم قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فأخذ شيئا لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا وروي عن أبي يوسف في الإملاء أنه يقطع وهو قول الأئمة الثلاثة لأن إخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط إلا له فكان هو المقصود من الدخول فقد وجد فاعتباره شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير مفيد وصار كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فأخرج النظريفي أو في الحوالق والنظريفي درهم منسوب إلى نظريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وكانت دراهمه أعز النقود ببخارا قال المص ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فاثبته لقوله تحرزا عن شبهة العدم أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فإن الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لأنها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرطا لوجودها إذ قد تحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد تحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد بإنفاق المال لأنه قلما يقدر على إخراج شيء ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد إليه وقلما يدخل الإنسان يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق أن الدخول في الصندوق غير ممكن فيسقط

فصل في كيفية القطع واثباته قال فيقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عليه السلام امر بقطع يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا اذكره المشايخ رح وقال الشافعي رح في الثالث يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه وتروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع احد

الصوم واقرب منه على ما اخترناه من قبل يعني عند التصحيح وقوله لانه لبقاء النائم عند متاعه حافظا له في العادة وذكر في بعض نسخ الجامع [illegible] عليه فيكون حافظا له وهذا ايضا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وهو انه لا يشترط في قطع السارق من [illegible] الحافظ [illegible]

فصل في كيفية القطع واثباته ظاهر ترتيبه على بيان النصاب وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فبتقييده بالقطع لا تكون [illegible] قبل وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما والنفي يدل على حكم [illegible] انما اضيف من الحلق الى اثنين لكل واحد [illegible] الان [illegible] مثل قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم [illegible] وقال ظهرا [illegible] اليمين والافصح الجمع وانما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود [illegible] مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص [illegible] من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الاجمال [illegible] اذ لا اجمال في قاطعة اليد [illegible] قطع عرم اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يقطعوه كما لا يقطع اليسار وذلك لان اليمين انفع من اليسار ولانه يمكن مباشرة الاعمال بها ما لا يمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادة من طلب الايسر لهم ما امكن فاذا كرد من الزند وهو من مفصل الرسغ ويقال الكوع فانه التوارث ومثله لا يطلب فيه سنة بعينه كالتوارث لا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم او ضعفهم وروي فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رواه ضعفوه ان قال فيكم [illegible] بقطع من المفصل وضعفه بالغدري وابن عدي في الكامل عن جابر بن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل [illegible] عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا اعرف له حالا وخرج ابن ابي شيبة عن رجاء بن حيوة ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل [illegible] الا بسال واخرج عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله اعلم بصحته وتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا اشهر منه الى المنكب بل حقيقة [illegible] اليد فكان اولى باعتباره فلان سلم اشتراك الاسم بان يكون ما الى المنكب هو المراد الى الرسغ فتعين ما الى الرسغ درء للزائد عند احتمال عدمه واما الحسم فقد روى الحاكم من حديث ابي هريرة ان عمر اتي بسارق سرق شملة فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه ابو داود في المراسيل هكذا رواه [illegible] في [illegible] الحديث واخرج الدارقطني عن جعفر عن علي انه قطع [illegible] من المفصل ثم حسمهم فكان اثر الحسم والى ايديهم كاثر الحسم الكي لتقطع الدم وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو ان يغمس في الدهن الذي يغلي وكمن الزيت وكلف الحسم في بيت المال عندهم لانه امر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على السارق وقول الامام لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي واحمد انه مستحب فان لم يفعل لا اثم وليس تعليق يده في عنقه لانه امر به ورواه ابو داود وابن ماجة وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عندنا عنه عم في كل من قطعه ليكون سنة قوله فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى بالاجماع فقد روي فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عند اكثر اهل العلم

ولنا قول علی رضی فیہ انی لاستحیی من اللہ تعالی ان لا ادع لہ یدا یاکل بہا ویستنجی بہا ورجلا یمشی علیہا

وفعل عمر رضی ذلک قال ابو ثور والرافضی تقطع من نصف القدم من معقد الشراک لان علیا کان یقطع کذلک ویدع لہ عقبا یمشی علیہا قال فان سرق ثالثا لا تقطع بل یعزر ویخلد فی السجن حتی یتوب او یموت وقال الشافعی فی الثالثۃ تقطع یدہ الیسری وفی الرابعۃ تقطع رجلہ الیمنی لقولہ علیہ السلام من سرق فاقطعوہ ثم ان عاد فاقطعوہ ثم ان عاد فاقطعوہ ثم ان عاد فاقطعوہ فہو بہذا اللفظ لا یعرف ولکن اخرج ابوداود عن جابر قال جی بسارق الی النبی صلی اللہ علیہ وسلم فقال اقتلوہ فقالوا یا رسول اللہ انما سرق قال فاقطعوہ فقطع ثم جی بہ فی الثانیۃ فقال اقتلوہ قالوا یا رسول اللہ انما سرق قال اقطعوہ فقطع ثم جی بہ فی الثالثۃ فقال اقتلوہ فقالوا یا رسول اللہ انما سرق قال اقطعوہ فقطع ثم جی بہ فی الرابعۃ فقال اقتلوہ فقالوا یا رسول اللہ انما سرق قال اقطعوہ فقطع ثم جی بہ فی الخامسۃ قال اقتلوہ قال جابر فانطلقنا بہ فقتلناہ ثم اجررناہ فالقیناہ فی بئر ورمینا علیہ الحجارۃ قال النسائی حدیث منکر ومصعب بن ثابت لیس بالقوی واخرج النسائی عن حماد بن سلمۃ انبانا یوسف بن سعد عن الحارث بن حاطب اللخمی ان النبی صلی اللہ علیہ وسلم اتی بلص فقال اقتلوہ فقالوا یا رسول اللہ انما سرق قال اقطعوہ ثم سرق فقطعت رجلہ ثم سرق فقطعت یدہ ثم سرق فقطعت قوائمہ الاربع کلہا ثم سرق الخامسۃ فقال ابوبکر کان رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم اعلم بہذا حین قال اقتلوہ ورواہ الطبرانی والحاکم فی المستدرک وقال صحیح الاسناد قال المص وروی مفسرا کما ہو مذہبہ اخرجہ الدارقطنی عن ابی ہریرۃ عنہ عن عمر قال اذا سرق السارق فاقطعوا یدہ فان عاد فاقطعوا رجلہ فان عاد فاقطعوا یدہ فان عاد فاقطعوا رجلہ وفی سندہ الواقدی وہنا طرق کثیرۃ متعددۃ لم تسلم من الطعن وکذا الطعن الطحاوی کما ذکرہ المص فقال تتبعنا ہذہ الآثار فلم یجد لشیء منہا اصلا وفی المبسوط الحدیث غیر صحیح والاحتجاج بہ بعضہم فی مشاورۃ علی رضی ولکن سلم یحمل علی الانتساخ لانہ کان فی الابتداء تغلیظا فی الحدود الا تری ان النبی صلی اللہ علیہ وسلم قطع ایدی العرنیین وارجلہم وسمر اعینہم ثم انتسخ ذلک واما فعل ابی بکر وعمر رضی فروی مالک فی الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابیہ ان رجلا من الیمن اقطع الید والرجل قدم فنزل علی ابی بکر الصدیق رضی فشکی الیہ ان عامل الیمن ظلمہ فکان یصلی فی اللیل فیقول ابوبکر وایک ما الیک بلیل سارق ثم انہم فقدوا عقد الاسماء بنت عمیس امراۃ ابی بکر الصدیق رضی فجعل الرجل یطوف معہم ویقول اللہم علیک بمن بیت اہل ہذا البیت الصالح فوجدوا الحلی عند صائغ زعم ان الاقطع جاءہ بہ فاعترف الاقطع وشہد علیہ فامر ابوبکر فقطعت یدہ الیسری وقال ابوبکر لہ عاد علی نفسہ اشہد علیہ من سرقتہ ورواہ عبد الرزاق اخبرنا معمر عن الزہری عن عروۃ عن عائشۃ رضی قالت قدم علی ابی بکر رجل قطع فشکی الیہ ان یعلی ابن امیۃ قطع یدہ ورجلہ فی سرقۃ وقال واللہ ما زدت علی انہ کان یولینی شیئا من عملہ فخنث فی فریضۃ واحدۃ فقطع یدی ورجلی فقال لہ ابوبکر ان کنت صادقا فلا فدینک منہ فلم یلبثوا الا قلیلا حتی قدم آل ابی بکر حلیا لہم فاقبل الغلام فدفع یدیہ وقال اللہم اظہر من سرق اہل ہذا البیت الصالح قال فما انتصف النہار حتی عثروا علی المتاع عندہ فقال لہ ابوبکر ویلک انک لقلیل العلم باللہ فقطع ابوبکر یدہ الثانیۃ قال محمد بن الحسن فی موطائہ قال الزہری ویروی عن عائشۃ قالت انما کان الذی سرق حلی اسماء اقطع الید الیمنی فقطع ابوبکر رجلہ الیسری قال وکان ابن شہاب اعلم بہذا الحدیث من غیرہ ہذا وقد حکی عن علی وعمر بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزیز انہ یقتل فی المرۃ الخامسۃ کما ہو ظاہر ما روی عن ذلک وذہب مالک والشافعی الی انہ یعزر ویحبس کقولنا فی الثالثۃ قولہ ولنا قول علی رضی قال محمد بن الحسن فی کتاب الآثار اخبرنا ابوحنیفۃ عن عمرو بن مرۃ عن عبد اللہ بن سلمۃ عن علی بن ابی طالب رضی قال اذا سرق السارق قطعت یدہ الیمنی فان عاد قطعت رجلہ الیسری فان عاد ضمنتہ السجن حتی یحدث خیرا انی لاستحیی من اللہ ان ادعہ لیس لہ ید یاکل بہا ویستنجی بہا ورجل یمشی علیہا وسند طریق

وبهذا جاء بقية الصحابة رضي الله عنهم فانعقد اجماعا لانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر لكنه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي رح وحمله على السياسة

محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا اتي به بعد ذلك قال اني لاستحيي ان ادعه لا يطهر لصلاته ولكن احبسوه واخرجه ابن سيرين عن عبد الله بن سلمة عن علي انه اتي بسارق فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده باي شيء تبسط وباي شيء ياكل اقطع رجله على اي شيء يمشي اني لاستحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي رض واخرج عن سماك ان عمر استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي واخرج عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى ودعوه ياكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن ادم مثل البهيمة ليس له يد ياكل بها ويستنجي بها وهذا الكلام وان ثبت ثبوتا لا مرد له فبعيد ان يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوافر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع صلى الله عليه وسلم اربعة ثم يقبله والصحابة يجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين بل الاقل ما في الباب ان كان ينقل لهم انهم ان غالبوا امل لابد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على اربعة واما لعلمه ان ذلك ليس حدا مستمرا على من راى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض بعد الطباع عن الرجوع قلة قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي قوله فمجمع فانعقد اجماعا يشير الى ما في تنقيح ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت علي بن ابي طالب رض اتي برجل مقطوع اليد والرجل فسرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال فقتلته اذا اذا ما عليه القتل باي شيء ياكل الطعام باي شيء يتوضأ وللصلوة باي شيء يغتسل من جنابته باي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياما ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اول مرة فجلده جلدا شديدا ثم ارسله وقال سعيد ايضا حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عابد قال اتى عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر ان تقطع رجله فقال علي قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يده اورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها اما ان تعزروا واما ان تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد صحة الحديث من استدلال علي رض وموافقة عمر رض له قال المص ولانه اهلاك معنى هو من قول علي رض قتلته اذا والحد زاجر لا مهلك ولانه نادر الوجود اي يندر ان يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة بخلاف القصاص يعني لو قطع رجل يمنى رجل قطعت يداه او اربعة لانه حق العبد فيستوفى فيما امكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع لظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة ونعينت اليمنى مرادة والامر مقرون بالوصف وان تكرر تكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث امكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق مرة واحدة

واذا كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لانه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا ان كان ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحد لا يؤثر خللا تاما في البطش بخلاف فوت الاصبعين لانهما بمنزلة الابهام في نقصان البطش قال والحاكم الحداد اذا قطع يمين رجل في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد قال زفر يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا عند ابي حنيفة رح وقالا انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع وقولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رح انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره بدين ماله بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا لهما لصحيح

فاقطعوا ايديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم قوله وان كان السارق اشل اليد اليسرى او مقطوع الرجل اليمنى او كانت رجله اليمنى شلاء لا يقطع لان في القطع والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة او مشلولة او مشيا اذا كان ذلك في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشي لا يتاتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة ولهذا لا يقطع يمين السارق اذا كانت ابهام يده اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سواه الابهام لان قوتها يقوم مقام قوت الابهام في نقصان البطش بخلاف قوت اصبع واحدة غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع لو كان في اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام المحل بالبطش فوات ثلاث اصابع وسنا جعله اصبعين لان الحد يحتاط في درئه قوله واذا قال الحاكم للحداد اي الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح ولكن يؤدب وبه قال احمد وقالا لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد ارش اليسار وعند زفر يضمن في الخطأ ايضا بخلاف ما لو قال له اقطع يده فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسرق ولو كان اتلفه لان مقصود اشتهاء القطع تحقق بعد تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى لا يقتص له ولا يسقط عنه قطع اليمنى لما عرف قوله والمراد اي المراد بالخطأ الذي فيه الخلاف بينهما وبين زفر الخطأ في الاجتهاد وهذا لان قطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في ان قطعها يجزي عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما اما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا لانه لعبد تيمم فيه بدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وانما يكون معنى العمد ان يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في اجزائها وقيل الخطأ في اليمين الشمال يجعل عفوا ايضا لزفر انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه انما اخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار ولهما في العمد انه جاز حيث قطع يدا معصومة بلا تاويل تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات لانه هو لم يفعله عن اجتهاد وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة الناشئة من اطلاق النص ولابي حنيفة رح انه وان اتلف بلا حق ظلما لكنه اخلف من جنسه ما هو خير له وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها اتم فلا يضمن شيئا وانما قلنا انه اخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فاخلفها الى خلف استمرارها او بقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان انتفع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس ما اتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي واما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيئا اصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بالفين وقيمته الف وشهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيئا قوله وعلى هذا اي على تعليل ابي حنيفة رح بالاخلاف لقطع يساره غير الحداد ايضا لا يضمن للاخلاف وهو الصحيح احترازا عما ذكره الاسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كما اذا قطع الحداد بامر السلطان ولو قطع يساره غيره فعلى ما تقدم

ولو اخرج السارق يساره وقال هذا يمينه لا يضمن بالاتفاق لانه قطعها باره ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي رح في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود المستودع والغاصب فيه صاحب الربوا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه

القصاص وفي الخطاء الدية **قوله** ولو ان السارق اخرج يساره وقال هذه يمينه فقطعها لا يضمن وان كان عالما بانها يساره بالاتفاق لانه قطعها باذنه ثم في العمد عنده على السارق ضمان المال اذا كان استهلكه لانه لم يقع حدا وفي الخطاء كذلك على هذه الطريقة اعني طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الاختلاف ولان منها عدم وقوعه حدا وكلاهما واحد الا ان الاول اقرب الى اللفظ وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص ابا حنيفة رض بلزوم الضمان على السارق عند القطع مع انهما ايضا يضمنانه لان توهم انه لا يضمن انما ثبت على قوله لانه لما لم يوجب على الحد ضمان قد يتوهم انه لا يضمن السارق بناء على ان قطع الحد اذا وقع حدا ولذا لم يضمنه فازال الوهم بانه انما لم يضمنه لاختلافه لا لوقوعه حدا **قوله** ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه ويطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصم هو المسروق منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعي واحمد وقال مالك والثوري لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما في حد الزنا وقوله فلا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار وهو خلاف الاصح عنه والاصح عنده ان الاقرار كالبينة يعني اذا اقر الرجل عند الحاكم اني سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي وما ذكره عن الشافعي رواية عن ابي يوسف لان خصومة العبد ليس الا لظهر سبب القطع الذي هو حق العبد تعالى وبالاقرار يظهر السبب فلا حاجة الى حضوره والجواب انه ما لم يظهر تصديق المقر له في المقر به فهو للمقر ظاهر ولذا لو اقر غائب ثم حاضر جاز ولان شبهة الاباحة باباحة المالك للسارق ويطالبه السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود اذنه له في دخول بيته فاعتبرت المطالبة وفعلا هذه بخلاف الزنا فانه لا يباح باباحة بوجه من الوجوه فلم يتمكن فيه هذه الشبهة والحق ان احتمال اباحة المالك ونحوه هي الشبهة الموهومة التي سيعينها المص وستيضح ذلك فالمعول عليه ما ذكرنا من ان ملك المقر قائم ما لم يصدقه المقر له **قوله** وكذا اذا غاب المسروق منه عند القطع لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي واحمد خلافا لمالك لان الامضاء من القضاء في الحدود وعلى ما مر وعلى ظاهر كلام المص يكون التشبيه في ثبوت خلاف الشافعي لكن علمت ان الاصح انه كقولنا ولما ثبت ان المطالبة شرط شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع بفتح الدال والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم اي اذا سرق الوديعة او المال المغصوب واما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذ المشتري شراء فاسدا في يد المشتري كالمغصوب ولرب الوديعة ان يخاصم ويقطع ايضا كالمودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والاب والوصي يقطع السارق لما في ايديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم ويقطع ايضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك بما في ايديهم الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه اي بدون قضاء الدين فليس له ان يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المص انه قال كان في نسخة المص بعد القضاء وقيل يمكن ان يكون هذا جواب القياس اعني للمالك ان يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون ادنى حالا منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لانفسه

وذلك فى رواية بناء على اصله اذ لا خصومة لهم فى الاسترداد عنده وعند زفر يقول ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار حاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يجتمعا ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المودع فانه يقطع بخصومته فى ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن فى حفظ المودع قائمة

ولا للحفظ وفى غاية البيان وينبغى ان يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن ازيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد امانة فى يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته قوله الشافعى رحمه الله اى بنى عدم القطع بخصومته هو الاصل على اصله وهو ان لا خصومة لهم فى الاسترداد عند جحود من فى يده المال المودع كما هنا وغير المودع الا ان يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة فى الدعوى عليهم لبقاء البينة فلا يملكونها لا عادة اليد اولى قيل لكن المذكور فى كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك من يد المستعير الصناع وزفر يقول ولاية الخصومة فى حق الاسترداد ضرورة الحفظ ولا تظهر فى حق القطع لان فيه اى فى القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصيير خصومته لاثبات الحفظ سببا لنفيه لان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا وهذه النكتة هى مبنى الخلاف اعنى كون خصومتهم معتبرة فاثبتها بقوله اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد والاحسن ان يقال لهم ولاية الحفظ وهو اليد فكان استنادها حتما لهم كما ان ذلك للمالك بل الملك فى الحقيقة لم يرد الا لليد وهذا لان ذا اليد ان كان امينا لا يقدر على اداء الامانة الا بها فان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومته فى حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق منى وقصده احياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته فى القصاص لا تعتبر فلا تنتقض بخصومته لانه ليس فيه حقه فى اعادة يده واورد ان فى صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احد المحتمين وكذا لو اقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعى مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيها وما ذا الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود فى هذه الصورة مع انه يقطع اجيب بان المستعير ومن ذكر معه اصحاب يد صحيحة وبينا ان لهم حق الاسترداد وبخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل الا ترى انه لا يستغنى عن اضافة الخصومة الى غيره وفى فصل الاقرار شبهة زائدة هى جواز ان يلوذ المالك اقراره فيبقى المال ملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم اجاب عن قول زفر لقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء حقا لله تعالى وان لزم غير مقصود ولا ادرى لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما لقطع مطلقا مع انه مهدر فى اعتبار الشرع بدليل الاجماع على ان يقطع بخصومة الاب والوصى لسرقة مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة جواب عن مقدر هو ان يقال احتمال اقرار المالك له اى اعترافه بماله واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها فى الحال لا على تقدير منتف فى الحال الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفى او اودعت له فى الدخول فى بيتى ولا يخفى ان لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التى ذكرها بالضم فى اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز انه اذا حضر قال كنت اجزته للمسلمين او لطائفة السارق منهم كما جاز ان يقوله به سواء فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك لسبب قيام احتمالها فى نفس الامر على تقدير حضوره المنتفى فى الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان اذن له او انه مقر له به قائم فى الحال

وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه فلم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه
الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة والاسترداد في رواية لحاجته اذا رد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول
او بعد ما رد الحلبي شبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولو يوجد فصار كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك
قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة
انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فبقي تقديرا واذا قضى
على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمها اليه ولذلك اذا باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي رحمهما الله يقطع وهو رواية عن
ابي يوسف رحمه الله لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة

وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد انه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المستودع **قوله** وان قطع سارق بسرقة
فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال يقطع السارق الثاني وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول يقطع بخصومة
المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول اولا والثاني ان المالك لا يجب على السارق ضمانه
فكان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا يد ملك فكان المسروق
مالا غير متقوم فلا قطع فيه وروى في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم اقطع الثاني وان درئت القطع عن الاول لشبهة قطع الثاني ومثله
في الاملاء لابي يوسف واطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق من السارق وهو قول احمد لان يده ليست يد امانة ولا يد ملك فكان
ضائعا ولا قطع في اخذ مال ضائع قلنا بقي ان يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور وللاول ولاية الخصومة في
الاسترداد في رواية لحاجته اذا رد واجب عليه وفي رواية اخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا ملك والرد منه ليس
باولى منه الى المالك والوجه انه اذا ظهر هذا الحال عند القاضي لا يرده الى الاول ولا الى الثاني اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من
يد الثاني الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ عنه القطع لشبهة
يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار يده كيد الغاصب **قوله** ومن سرق سرقة فردها على المالك
قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط
لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع فكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها اعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة
البينة وهي انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة اي بخلاف ما لو رده بعد المرافعة وسماع
البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة واذا رد المال
للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال
فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين ان يرد قبل الخصومة الى يد المالك او بد ابيه او امه او جده او جدته وان لم يكونوا في عياله وكذا
يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في المال فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه
وذوي رحمه المحرمة كاخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ ولا يقطع كما لو رده الى زوجته او عبده او مكاتبه او اجيره مشاهرة وهو الذي
يسمى غلامه او مساناته يبرأ في هؤلاء كلهم ولا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده او من العيال ورده الى من يعولهم او
سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع
اما الغاصب فانما يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده واقاربه المحرمة الذين في عيالهم ولا الى الزوجة ومن ذكرناهم **قوله**
واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك وسلمها اليه او باعها منه لا يقطع وقال زفر والشافعي ومالك واحمد يقطع وهو رواية
عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا بفعلها بلا شبهة وظهورا عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لو صح اعتبار
عارض الملك المتأخر متقدما ليثبت اعتباره وقت السرقة فلا موجب لذلك فلا يصح ولا شبهة فيقطع ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار

ولنا ان الخصومة من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنها بالاستيفاء اذا تقضا للاظهار وانقطع حق العبد تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند
الاستيفاء كما اذا ملكها قبل القضاء قال كذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد انه يقطع وهو قول زفر والشافعي واعتبارا بالنقصان
في العين لنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عنده وبيانه اذا استهلكه كله ما نقصان السعر
غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه ان اقام بينة معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه
سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال الرجوع والاعتبار بما قال لدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة وقال احدهما هو مالي لم
يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فان سرقا وغاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة
الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لو حضر بناء على الشبهة وجه قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا يعتبر توهم حدوث الشبهة على ما مر

لما في حديث صفوان انه قال يا رسول الله لم ارد هذا رداء علي صدقة فقال عم فهلا قبل ان تاتيني به رواه ابو داود وابن ماجه زاد النسائي
في رواية فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو اقر بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك السابق
فيقتضي القطع قوله ولنا ان الامضاء يعني استيفاء الحد بالفعل من القضاء في باب الحدود فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء
لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشان في بيان ان الاستيفاء من القضاء وهو القضاء في هذا الباب وقد بيناه في حد الزنا الا ان المعول لما كان
هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة
باللفظ بل امر بالاستيفاء او استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا
هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء لفظا بل لا يفيده سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء واذا كان كذلك
فالخصومة شرط يشترط قيامها عند الاستيفاء كما عند القضاء وهي منتفية بالبينة بخلاف رد المال المسروق بعد القضاء بالقطع لانه تنتهي الخصومة
والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع واما الحديث ففي رواية كما ذكر وفي رواية الحاكم في المستدرك انا ابيعه فانسيئه
ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت اريد هذا وقوله يقطع رجل من العرب في ثلاثين درهما ولم يثبت انه
سلمه اليه في البينة ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع
اليه وفي ذلك لا يكون ملكا له قبل القبض قوله وكذلك اذا نقصت قيمتها اي قيمة السرقة اي العين المسروقة من حيث السعر بعد القضاء
قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب وعن محمد يقطع وهو قول زفر وباقي الائمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان بالعين فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت
الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء وكذلك لنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كمالها عند الامضاء
لما ذكرنا انه من القضاء وهو يتوقف في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا لبعضه عين وبعضه
دين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم يسقط ضمانه قوله واذا ادعى
السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه ان اقام بينة قال المص معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة وانما فسر به ليخرج ما اذا
اقر بالسرقة ثم رجع فقال لم اسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه وهو احد الوجهين
كذا ذكره بعضهم وهو رواية عن احمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يودي الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه انه لا يقطع
وقيل هو نص الشافعي وعن احمد رواية انه اذا كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة واولى الروايات
انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرء بالشبهات وهي احتمال صدقه قال المص ولا معتبر بما قال من انه يفضي الى سد باب الحد لدليل صحة
الرجوع بعد الاقرار اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من لم يعلم هذا من السراق
اقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا قوله واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع
منهما ويورث الشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فتتحد فتتحمل الشبهة فيهما قوله فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد
الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر الحاضر منهما في قول ابي حنيفة الآخر وهو قولهما وقول الائمة الثلاثة وكان يقول اولا لا يقطع لانه ان حضر

[illegible] عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يقطع والعشر ليس في قول محمد رح لا يقطع
والعشر الذي هو قول زفر رح وهو هذا اذا اقر به المولى ولو اقر به قبل مسئلة تصديقه ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين وقال زفر رح لا يقطع في الوجهين
كما لا يقطع الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له يؤخذ
بما نقص من المال لتعلق اقراره بالمملوك مسلطا عليه من جهته واقراره على المولى لا يصح اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي فيتعدى الى المالية فيقطع من حيث
انه مال لانه لا فرق في هذا الاقرار بالسرقة بين كونه مشتملا على الاضرار به مثله مقبول على السيد وقوله وعليه ان اقراره بالمال باطل هذا لا يصح منه الاقرار بالنصب فيبقى مال المولى
ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى عندهما لان المال صل فيجاوز القطع بابه حتى تتم الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال تبعا وفي عكسه لا تتم ولا يثبت واذا بطل فاهو
الاصل بطل في التتمة بخلاف الماذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رح انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى
فلا يصح وعنده فيه القطع يستحق بدونه كما اذا قال هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع بل المقر له كان لا يصدق في تعيين الثوب حتى لو اخذه
من زيد ولابي حنيفة رح ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار بالمال في حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى يسقط اعتبار المال
باصبعه ويسقط القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الثوب لان القطع ثابت بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى بالقطع في الفصول كلها لزوال المانع

ربما يدعي شبهة والسرقة واحدة فيحتمل في حقهما وجه قول الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما فانما علمت الشهادة في
حق الحاضر فقط ولا معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع
الا ان تعاد تلك البينة عليه او تثبت بينة اخرى وكذا اذا اقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قول الاول ويقطع في قول
الآخر وهو قول باقي الائمة **قوله** واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها حاصل وجوه هذه المسئلة اربعة لان العبد
المقر بالسرقة اما ماذون له او محجور عليه وفي كل منهما اما ان يقر بسرقة مستهلكة او قائمة فالماذون له اذا اقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة
ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن لا يضمن المال وان اقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المص ولو كان ماذونا
قطع في الوجهين ويرد المال الى المقر له سواء صدقه المولى او كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا
فان اقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان اقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر ان قول زفر
لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المص بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بها هالكة او قائمة او
ماذونا والاقرار بها هالكة او قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا اعني اقرار المحجور بقائمة في يده فقال ابو حنيفة يقطع ويرد لمن اقر
بسرقتها منه وقال ابو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله او قيمته بعد العتاق للمقر له وقال
الطحاوي سمعت استاذي ابن ابي عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال
ابو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحلان في الزكاة ومعنى المسئلة اذا كذبه المولى في اقراره وقال المال
مالي اما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال للمقر به اتفاقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع
عليه اصلا وهو ظاهر غير انه ان كان ماذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا لا يضمن واذا كان محجورا فان صدقه
المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولو بعد العتق وقدم المص الكلام مع زفر فقال
ان الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره بها يرد اثره على نفسه او طرفه بالاتلاف وكل ذلك
مال المولى فالاقرار به اقرار على مال الغير والاقرار على الغير غير مقبول الا ان الماذون له لما تضمن اقراره الاقرار بالمال والطرف وبطل بالطرف يؤاخذ
بالمال لضمانه ان كان هالكا ويرده ان كان قائما لصحة اقراره بالمال لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى حيث اذن له في التجارة
ونحن نقول الاقرار بها منه صحيح لان اثر الاقرار بها يرجع اليه من حيث هو آدمي لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت
ملكه الا ترى ان المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان يبقى غنيمة على اصل الادمية فيملكه هو كالطلاق ولانه لا تهمة في
هذا الاقرار البطل في حق السيد لان ضرورة الراجع اليه به فوق ضرر قاله الراجع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه او طرفه وما كان كذلك ينفذ على
الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان وبالسماء علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان الزمهم من ذلك فرع لزومه
شبهة فينفذ في حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا الواقر المغلق بعد القتل عليه يقتل اجماعا وان كان فيه ابطال ديون الناس ولمحمد في المحجور عليه ان اقراره
بالمال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالنصب فيبقى ما في يده مال المولى اذ الغرض تكذيب المولى لنفي اقراره فقد اقر بسرقة مال المولى

قال وان قطع السارق والعين قائمة في يده ردت الى صاحبها لبقائها على ملكه والا فان مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي رح يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك صبي مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان بناء في القطع

والسرقة مال المولى لا يقطع وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد اي يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع ان المال في لزوم القطع اصل والقطع تابع والتابع من حيث هو تابع لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع وبيان المال اصل ان الخصومة تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال اريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا ثبت المال في دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها واقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضي بالمال دون القطع وكذا اذا اقر حربي بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفي عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه اريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يصح في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع ولابي يوسف انه اقر بشيئين اي اقر بما يوجب شيئين القطع وهو اقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص والمال وهو اقرار على المولى وهو يكذبه فلا يصح في حق المولى القطع لتعلق بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع فلا يلزمه المال وكذا لو هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى ولابي حنيفة ان الاقرار في حق القطع قد صح منه لما بينا في الكلام مع زفر من انه آدمي الخ ويلزمه صحته بالمال انه لغير المولى لاستحالة ان يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو لزوم الحكم الشرعي يكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هذا تم الوجه وزيادة قولهم لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله بخلاف مسئلة الحربي يدل الزام ابي يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع الى عمرو فكذا جاز ان يقطع بما اقر به من مال الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وانه وديعة عند زيد او غصب وادعى زيد ان الثوب له جاز كونه انكار الوديعة غير ان المفلس خصمان في ذلك والقطع لسرقة ثوب مودع او مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى او مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع قوله واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية اخرى له فيه اولى وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما اي في الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا انه يرد على المالك وكذا اذا باعه او وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله انا اضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما اخذت حتى ترده لانه اتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما يمنعهما فاه تبين حتى القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين احدهما

لانه يتملكه باداء الضمان مستند الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولا المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة

حق الله تعالى وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخرى حق الشرع فيقطع حقا لله ويضمن حق العبد وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقا لله ويضمنه حقا للعبد وكشرب خمر الذمي على قولكم فانكم تجدونه حقا لله تعالى وتحرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا الزامي فانهم لا يضمنون الخمر باستهلاكها ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن اخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق بعد قطع يمينه وضعف ابن المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فادخل بين يوسف بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري قاضي المدينة وهو احد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وامانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر انه الزهري فقد عرف وبطل القدح بها قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق اجرة القاطع مدفوع بهذا البزار لا يضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستند الى وقت الاخذ فيتبين انه اخذ ملكه ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي والمؤدي اليه الضمان فينتفي الضمان لان المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا فكان محرما حقا للشرع فقط كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم ان يكون مباحا في نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره وقت استخلاصه الحرمة لنفسه ثم قبيل فعل السرقة القبلية التي علم الله تعالى انها تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا لله تعالى في ذلك المال كما يعلم ان الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له لظهور دعواه ولدها لانا علمنا انه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها اليه قبل الوطء القبلية التي علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا في اعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بمعاينة الشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية الحسن في الضمان باستهلاك مع فرض ان العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق لحرمة الميتة فينبغي ان لا يفترق الحال فاجاب المص عنه بقوله الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع وكذا الشبهة اي شبهة الاباحة انما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاستهلاك ووجه المشهور ان الاستهلاك وان كان فعلا آخر الا انه اتمام للمقصود بالسرقة وهو الانتفاع المسروق فكان معدودا منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا في حالتي الهلاك والاستهلاك

قال [illegible]

باب ما یحدث السارق فی السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه فی الدار بنصفین ثم اخرجه من الحرز لم یقطع لان فیه سبب الملک وهو الخرق الفاحش فانه یوجب القیمة وتملک القیمة ولهذا لو اشتری ذلک صار مالکا للباقی ولان الاخذ وضع سببا للضمان لا للملک وانما الملک یثبت ضرورة اداء الضمان کیلا یجتمع البدلان فی ملک واحد ومثله لا یورث الشبهة لنفس الاخذ وکذا اذا سرق الباقی معیبا باحد بخلاف ما ذکر لان العیب موضوع لازالة الملک

فاذا انتفت المماثلة انتفاء الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شارب خمر الذمی لانه اتلف مالا متقوما لغیره فیضمنه وفیه جنایة علی عقله وحق الله تعالی فیه الحد فیجب بذلک نکالا حرمتین ومثله صید الحرم المملوک وفی المبسوط روی هشام عن محمد انه انما یسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحکم بالمماثلة فاما دیانة فیقضی بالضمان للحق الخسران والنقصان للمالک من جهة السارق وفی الایضاح قال ابو حنیفة لا یحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب ملک المسروق منه وکذا الوخاطه قمیصا لا یحل له الانتفاع لانه ملکه بوجه محظور وقد تعذر ایجاب القضاء به فلا یحل الانتفاع کمن دخل دار الحرب بامان واخذ شیئا من اموالهم لم یلزمه الرد قضاء ویلزمه دیانة وکالباغی اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم یحکم علیه بالضمان وتعذر ایجاب الضمان لعارض ظهر اثره فی حق الحکم واما دیانة فیعتبر قضیة السبب **قوله** ومن سرق سرقات قطع فی احداها بخصومة صاحبها ورده فهو ای ذلک القطع لجمیعها ولا یضمن شیئا لارباب تلک السرقات عند ابی حنیفة وقالا یضمن کلها الا السرقة التی قطع فیها فان حضروا جمیعا وقطعت یده لخصومتهم لا یضمن شیئا من السرقات بالاتفاق لهما ان الحاضر لیس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم یظهر القطع لسرقاتهم فبقیت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالکل قطع واحد حقا لله تعالی لان مبنی الحدود علی التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاکم فاذا کان الحکم الشرعی الثابت فی نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن کل الاسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو لزوم سقوط ضمانها کلها فی نفس الامر علم القاضی بها او لم یعلم ولا اثر لعدم علمه بها فی نفی الحکم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن کل الاسباب وهو یستلزم سقوط ضمانها فکان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب ؛

باب ما یحدث السارق فی السرقة

قوله ومن سرق ثوبا فشقه فی الدار قبل ان یخرجه من الحرز بنصفین ثم اخرجه وهو یساوی عشرة بعد الشق قطع وعن ابی یوسف انه لا یقطع وان کان لا یساوی عشرة بعده ولم یقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلف العبارات فی افادة قول ابی یوسف فی بعضها ما یفید انه روی عنه وان الظاهر من قوله کقولهما وهی کلام الهدایة وفخر الاسلام البزدوی والصدر الشهید والعتابی حیث قالوا عن ابی یوسف وکذا قول الاسبیجابی ذکر الطحاوی قول ابی یوسف مع محمد وقول محمد مع ابی حنیفة فی الظاهر وشمس الائمة البیهقی زاد وقال فی کفایته عن ابی یوسف وهو روایة عن ابی حنیفة وفی بعضها ما یفید انه الظاهر من قوله کقول صاحب الاسرار وقال ابو یوسف لا یقطع وکذا قال الحاکم الشهید فی الکافی قال ابو یوسف کل شیء یجب علیه قیمته ان شاء ذلک رب المتاع فلا قطع علیه وجه قوله ان السرقة تمت الا وقد انعقد للسارق فیها سبب الملک اذ بالخرق الفاحش یثبت للمالک ولایة تضمین السارق قیمة الثوب وترکه له وان کره ذلک وما انعقد للسارق فیه سبب الملک لا یقطع به کما لو سرق المشتری المبیع الذی فیه خیار البائع ثم اسقط البائع الخیار فانه لا یقطع لذلک وهو ان السرقة تمت علی عین غیر مملوک ولکن فیه سبب الملک للسارق ولهما ان الاخذ وقع سببا بالضمان ولا یخفی ان المناسب ان یقول ان الشق وقع سببا للضمان لا للملک وثبوت ولایة الغیر ان یملک لیس سببا للملک بل السبب انما یثبت عند اختیار التضمین وانما تکون تلک الولایة موجبة للسببیة

وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فاذا كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان الشرع نص على الكم ولا قطع فيه

اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا في ما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قبل الاخذ سبب للضمان كانه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا يعتبر فالاخذ شبهة دارئة للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين فيثبت ضرورة اداء الضمان والقضاء به ومثله لا يورث شبهة والا لثبت مثلها في نفس الاخذ لانه ايضا يحتمل ان يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار نظير ما اذا سرق البائع مبيعا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سببا لرد بالعيب الذي به يثبت الملك للبائع قوله وهذا الخلاف الخ الحاصل ان هذا الخلاف الكائن وفي القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند ابي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك ليس للمالك تضمين كل القيمة فانتفاء وجه ابي يوسف في عدم القطع في اليسير واعلم ان الخرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما يلزمه بالضمان وقد حده التمرتاشي بان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الخرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير والاصح ان يكون المعنى فيما لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة والبسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره التمرتاشي واورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الخرق اليسير ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا يجتمعان كيلا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا بها عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الخاقانية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في خاتمة الكتب لامهات انه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك يعد السرقة بابا سرق واستهلاك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ لك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه الا ترى الى قول الامام قاضي خان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة واما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما في البيت واخرج الآخر وقيمته نصاب واما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الخ فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له قوله وان سرق شاة فذبحها

ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع وصنعه كدراهم ودنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا سبيل الى رد منه عليهما واصله ان الصنعة متقومة عندهما اخذ الثوب وجحد الكل يسرقا قوله لانه يتملكه قبل القطع وقيل يجب القطع لانه يهلكه قبل القطع وقيل يجب القطع شيئا آخر ولا يملك عينه فان قطع صنعه قطع ولم يرد منه الثوب لم يرض بتبعيض الثوب عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد يرد منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فاعتبارا بالغصب وجامع بينهما ان الثوب اصلا والصبغ تابعا وهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضرب زاد الصبغ فيه حق المالك والثوب قائم صورة لا معنى اذ لا يرى انه غير مضمون على السارق باهلاكه فيجعل السارق في الغصب كالمتوكل لا يرى منه معنى فاستويا من هذا الوجه وجنحا جانب المالك ظاهرا وان صبغه اسود اخذه منه في الذهب عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح هذا واما على سخاء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رح زيادة ايضا كالحمرة ولكنه يقطع حق المالك عند ابي حنيفة رح لان السواد نقصان فلا يوجب قطع حق المالك

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين ولو واحدا يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مالا مسلم او ذمي والمأخوذ اقاموا عن جماعتهم اصابكل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا

ثم اخرجها لم يقطع ولو ساوت نصابا بعد الذبح لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه قوله ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع بان كانت نصابا فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه عند ابي حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ويرد الدراهم والدنانير التي صنعها على المسروق منه وقالا لا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليها والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصك حق المسروق منه في السرقة بناء على انها لم تتبدل فيقطع فالقطع لا يكمل على هذا اما عندهما فقد قيل لا قطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما اخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيئا آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهما ان هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بان غصب حديدا او صفرا فجعله سيفا او آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا او فضة صار دراهم ودنانير وله ان هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تغير موجودة شرعا بدليل انه لم يتعين بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة باحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع ونوخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم قوله ومن سرق ثوبا فصبغه احمر يقطع به باجماع العلماء ثم لا يوخذ منه الثوب عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ولا الضمن وقال محمد يوخذ منه الثوب وهو قول الائمة الثلاثة ويعطي قدر ما زاد الصبغ الثوب اعتبارا بالغصب فان غاصب الثوب اذا صبغه احمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة والجامع كون الثوب اصلا والصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة وهو ظاهر ومعنى اي من حيث القيمة حتى لو اراد المسروق منه ان ياخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى فانه لو هلك واستهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع لذلك بخلاف الغصب لان حق كل من المغصوب منه الثوب والغاصب الذي صبغه قائم صورة ومعنى لاعتبار ما يحل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا من ان الصبغ تابع قوله وان صبغه اي السارق اسود ثم قطع او قطع فصبغه اسود يوخذ منه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سواء فلا يوخذ منه لان السواد زيادة كالحمرة وهي مانعة من الاسترداد من السارق وعند محمد هو زيادة لكن الزيادة غير مانعة من الاسترداد كما قال في الحمرة وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما وفي شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ اي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد يأخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

باب قطع الطريق

اخر عن السرقة واحكامها لانه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو او ما دخل فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن اطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وارباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم اصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز قوله واذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم او واحد له منعة بقوته وبجدته ليقصدون قطع الطريق

الاحسن ويدعو تعالى فما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله اعلم توزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلاثة المذكورة
والرابعة نذكرها انشاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فلا تغلظ الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد
بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع شرهم عن اهلها ويفرد ايضا المباشر فهو منكر لاخافة وشرط القدرة
على الامتناع لان نفي الريبة يتحقق لا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ
مال مسلم او ذمي ليكون العصمة متبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد
كما يستباح طرفه الا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة
الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون سواء عفى الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع

اي اخذ المارة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي اربعة وبالنسبة الى ما هو اعم منه خمسة اما بالنسبة الى الجزاء فاما ان يوجد واقبل
ان يأخذوا مالا ولا يقتلوا النفس بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى ان اخذوا فحكمهم ان يعزروا ويحبسوا الى ان تظهر توبتهم في الحبس
او يموتوا هو اما ان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك
فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما او ذميا ولم يأخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا انه لو عفا اولياء المقتول
لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفى عنهم عفى الله تعالى والرابعة ان يأخذوا المال ويقتلوا وسياتي
وفي فتاوى قاضي خان وان قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا ان يكون معناه اذا امكنه اخذ المال فلم يأخذ شيئا
ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيرها انه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن ابان وفيها ايضا ان خرج على القافلة في الطريق واخاف الناس
ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من انه يحبس اثباتا للنفي المذكور في الآية وما هو بالنسبة الى ما هو اعم فالاحوال
المذكورة والخامسة ان يوجد واحد ثم توبة وتأتي ايضا في الكتاب والتقييد بمسلم او ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستأمن فلو قطعوا
الطريق على مستأمن لا يلزمهم شيء مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأبيد
وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون ياتي ذلك كله في الكتاب مفصلا
والاصل فيه اي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا
ان يقتلوا او يصلبوا الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل امنه محارب لمن اعتمد عليه في تحصيل
الامن او هو على حذف مضاف اي يحاربون عباد الله وهو احسن من تقدير اولياء الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر الذمي
واما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان امره صلى الله عليه وسلم واما باعتبار ان الرسول عم بها فاظ الطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق الذي تولى حفظها
بنفسه ونائبه فقد حاربه فالمراد من الآية التوزيع اي توزيع الاجزية المذكورة على انواع قطع الطريق وبه قال الشافعي والليث والاوزاعي
وقتادة واصحاب احمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي وابو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا
وقال مالك اذا رأى الامام القاطع جلدا اذا رأى قتله وان كان جلدا لا رأى له قطعه ولنا ما روى محمد رحمه الله عن ابي يوسف عن الكلبي
عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا برزة هلال بن عويمر الاسلمي فجاء اناس يريدون
الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي برزة الطريق فنزل جبريل عم على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد ان من قتل واخذ المال
صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن اخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي
رواية عطية عن ابن عباس من اخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو ان من المقطوع به انما ذكر
من القتل والصلب والقطع والنفي كلها اجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق
المحض للآية يقتضي ان يجوز ان يرتب على اغلظها اخف الاجزية المذكورة وعلى اخفها اغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل
فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ

والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم
صلبهم وقال محمد رح يقتل ويصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل
في النفس في باب الحد كحد السرقة والزنا وكما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت
من على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى
حدين وآلته داخل في الحد دون الحد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه
وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود
التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة في الصلب فيخير فيه

الا ان في الاخذ لما كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فتقطع في الاخذ مرة اليد
والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان الغلظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط
في قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كيلا يستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك سواء ان يكون
المأخوذ نصابا فصاعدا اصاب كل النصاب اولا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كيلا ينوى نصفه وكذا الاحكام السابقة
من انه لو كانت يسراه شلا لا يقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلا لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع يده وكذا الرجل اليسرى
فان قلت ليس في الاجزية الموزعة الحبس قلنا المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض اي من وجه الارض لانه
لا يتحقق ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصل
اليه من البلدة الاخرى فعلمنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف
في الغرر خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا
لما روى مالك رح ان مجرد النفي لا يفيد المقصود قال يحبس في بلدة النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي
وغيرها فيقع لتعيين بلدة النفي في غير الفائدة المطلوبة قوله والرابعة من انواع هذه الجناية ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان
شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم بلا صلب وقطع وان شاء صلبهم احياء ثم قتلهم وهذا قول ابي حنيفة و
زفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب للنص في الحد فلا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعي واحمد اجاب بان اصل التشهير
يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيرهم صلب احد مع انه اظاهر النص لا
يحتم الصلب فان قوله ان يقتلوا او يصلبوا انما يفيد ان يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن القتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع
وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل او يصلب وفي عامة الروايات من المبسوط وشرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف مع محمد وبه قال ان
كان القاطع اذا راى والشافعي واحمد مع ابي يوسف في انه لا بد من الصلب ومع محمد في انه لا يقطع وجه قولهم انه جناية واحدة هي
جناية قطع الطريق فلا يوجب حدين ولان ما دون النفس في باب الحد يدخل في النفس كحد السرقة والزنا اذا اجتمعا بان سرق
المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف رد وهذا على اعتبار ابي يوسف مع ابي حنيفة الذي لا مع محمد
ان هذه الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقطع ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها
حيث بلغ النهاية في تفويت الامن حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها امورا متعددة لا يستلزم
تعدد الحدود في قطع الطريق الا يرى ان قطع اليد والرجل فيها حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتبار
ان يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع ادى الى ان من اخذ المال قطع وهذا قد اخذه فيقطع وان من قتل يقتل ويصلب وهذا قتل
فيجب ان يجمع له بين القطع والقتل الا ان ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز ان يوخذ حكمه من الانفراد فجاز
ذلك للاتم وما ذكر من دخول ما دون النفس في النفس فيما اذا كانا حدين احدهما دون النفس والاخر النفس اما اذا كان ذلك حدا واحدا

ثم **قال** ويصلب حيا ويبقى بطنه يرجع الى ان يموت ومثله عن الكرخي رح وعن الطحاوي رح انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة
وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به **قال** ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها
فيتاذى الناس به وعن ابي يوسف رح انه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية
غير مطلوبة **قال** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم جرى
الحد عليهم باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا انزلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط
القتل من واحد منهم وقد تحقق **قال** ثم القتل وان كان بعصا او حجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل
القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص ولا حد الا ان يرضى منه بما فيه الارش ذلك الى الاولياء لانه كحد وهذه
الجناية قطع حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانها وجبت لحق الله تعالى سقطت
عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاءوا عفوا غير ان الحد وهذه الجناية
يقام بعد التوبة لاستثناء المذكور في النص لان التوبة تتوقف على رد المال لا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص او يعفو بخلاف الصغار اذا هلك وبه لم يهلك

فلا بد لا بد من اقامته في اجزاء حد واحد غير انه ان ابدى بالجزاء الذي لا يتلف به النفس فعل الاخر وان بدء بما يتلف به لا يفعل الاخر
لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت **قوله** ثم قال اي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه اوما اذا قلنا بلزومه على قول ابي يوسف انه
يصلبه حيا ويبقى بطنه يرجع الى ان يموت ومثله عن الكرخي وجه وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الزجر لان المقصود الزجر وهو بما
يحصل في الحيوة لا بعد الموت الا ان يقال النص دل على ذلك فانه قال ان يقتلوا او يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معاندة
بحرب العباد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة فانها
تنخت من لدن الرئتين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح انه اذا ابلغ في الردع فهو المقصود ولا يخفى ان هذا لا يكافي وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير مجرد صلب وقيل لطعن الرمح
والثاني هو المعتاد منهم لان عادتهم القتل فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هنا مثلة فالصلب
ليس غيره وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الحاصلة مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم نجلي بينه وبين اهله يدفنونه وعلمت
في باب الشهيد انه لا يصلى على قاطع الطريق **قوله** ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذى به الناس وعن ابي يوسف
انه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة من النص وكونه امر بالصلب لا يقتضي الدوام
بل بمقدار متعارف لايلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيرها كما في مدة الخيار **قوله** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه لما بيناه في
السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع **قوله** وان باشر القتل احدهم اي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوا اجرى الحد
على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحد لان القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص مع التوزع والمحاربة تتحقق بان يكون
البعض ردا للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم فقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك واحمد خلافا للشافعي
قلنا حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشر والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف او عصا او حجر في قتل الكل وان لم يوجب ابو حنيفة
القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يتدرع المماثلة ولهذا يقتل
غير المباشر وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح فان كان من جراحة يجري فيها القصاص اقتص والا يجري فيه ذلك لزمه الارش ويعرف
القصاص به والقصاص في الجنايات انشاء الله تعالى وهذا لانه لا حد في هذه الجناية من قطع او قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان اخذ
مالا ثم جرح قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب لله تعالى سقطت عصمة النفس اي ما حل بها من تفريق اتصال
الجسم بالجراحات حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وكذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حد لان الحد والضمان لا يجتمعان **قوله** وان اخذ بعدما
تاب سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص كما قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شاء الاولياء قتلوه وان
شاءوا عفوا عنه لان هذا القتل قصاص فيصح العفو عنه والصلح به وح لا بد ان يكون قتل بحديد ونحوه لان القصاص لا يجب بما ونحوه عند ابي حنيفة
وكذا اذا كان اخذ مالا ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا وياخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة فسقوط
الحد فظهر حق العبد في ماله كما في النفس وفي المبسوط والمحيط رد المال بين تمام قولهم لينقطع به خصومته خاصة ولو تاب ولم يرد المال ثم
في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود ولا تسقط بالتوبة وقيل يسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد

وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقم فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والاصح انه مطلق لان الجناية واحدة على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين

في السرقة الكبرى بخصوصها للاشتباه في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص سائر الحدود لا تسقط بالتوبة عند ابي حنيفة وقال مالك واحمد في رواية والشافعي في قول تسقط وعندهما لقوله تعالى واللذان ياتيانها منكم فآذوهما فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والاية منسوخة انما كان ذلك في اول الامر فاذا عرف هذا فنقول المص ولان التوبة تتوقف على رد المال والقطع في مسئلة شبهة التناقض لانها اذا توقفت على رد مال فاخذ القاطع قبل الرد واخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد اخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل اجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي او استهلكه ومثل مالو اخذ والبعد التوبة في سقوط الحد والرجوع الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفي المال مالو اخذ واقبل التوبة وقد قتلوا ولكن اخذوا من المال قليلا لا يصيب كالانصاب فان الامر في القتل والجرح الى الاولياء ان شاءوا قتلوا قصاصا وان شاءوا عفوا وقال عيسى بن ابان يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم ياخذوا شيأ من المال قتلهم حدا لا قصاصا فمن اخذ المال اولى وهذا لان ما دون النصاب كالعدم ولانه تغليظ جنايتهم باخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع اخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا اخذ المال عرفنا ان قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فيقتص منهم ان شاء الولي ويجري فيه احكام القصاص **قوله** وان كان من القطاع

صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فيظهر احكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط ولو فيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه او فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المص فالمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء الاخذ والقتل يحد الباقون وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه ان يقول وقال ابو يوسف بعد ان قال المذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر او يقول المذكور ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا الا الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة واكثر اهل العلم لا يسقط الحد من غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين لابي يوسف ان المباشر اصل والردء تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد ان لا خلل في الاصل فيحد الباقون وفي عكسه وهو ان يباشر الصبي والمجنون ينعكس المعنى والحكم فالمعنى هو السقوط على الاصل ينعكس فان السقوط في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون ولهما اي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان قطع الطريق جناية واحدة لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير انها لا تتحقق في الغالب الا بجماعة فكان المصادر من الكل جناية واحدة قامت بالكل واذا لم يقع فعل بعضهم موجب للحد لشبهة او عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين ح لان فعل الباقين ح بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم

بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد واذا
سقط الحد صار القتل الى الاولياء لظهور حق العبد على ما ذكرناه فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق
على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة
فليس بقاطع الطريق استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب
الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح او ليلا ولو بالخشب فهم قطاع
الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقربه منه لان الظاهر
لحوق الغوث لا انهم يوخذون برد المال ايضا لا للحق المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا

يسقط القصاص عن العامد واما ذوا الرحم فقيل تاويله اي تاويل سقوط الحد عن الكل ان يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع ذو رحم محرم من احدهم
فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم وتصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان الماخوذ شيء واحد فاذا اتسع في حق احدهم بسبب القرابة يمتنع
في حق الباقين كما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم ياخذوا المال الا من ذي الرحم المحرم فكذلك ان اخذوا منه وعن غيره يحدون باعتبار الماخوذ من ذلك
الغير والاصح انه مجرى على الاطلاق وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه محرز بحرز واحد
وهو القافلة والجناية واحدة وهي قطع الطريق فلا تمتنع في حق البعض يوجب لامتناع في حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين
لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الاخر حقيقة وحكما واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع
لا يحدون كذي الرحم المحرم قوله بخلاف ما اذا كان فيهم اي في المقطوع عليهم وهو القافلة مستامن جواب عن مقدر وهو ان القطاع على المستامن
وحده لا يوجب حد القطع كما على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة في الحد فكذا يجب عند اختلاط
المستامن لذلك وليس كذلك بل لقيام الحد عليهم اجاب بان الامتناع في حق المستامن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر
يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد فصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب واذا
سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا
في المستامنين لا حد عليهم ولكن يضمنون اموال المستامنين لثبوت عصمة اموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التابيد والله اعلم
قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار
واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد يجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او بمثقل عندهما ورد المال ان اخذه وهو قائم وضمانه ان كان استهلك
قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران
احداهما بالاخرى فليس بقاطع الطريق استحسانا وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع ان يكون في قرية بينها وبين المصر مقدار
سفر في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعا وهو قول الشافعي فان في وجيزهم من اخذ في البلد او الاسفالية فهو قاطع طريق
وعن ابي يوسف انه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث لانه محارب بل مجاهرته هنا اغلظ من مجاهرته
في المنازة ولا تفصيل في النفس في مكان القطع وعن مالك كل من اخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب عنه
لا محاربة الا على قدر ثلاثة اميال من العمران وتوقف احمد مرة واكثر اصحابه ان يكون بموضع لا يلحقه الغوث وعن ابي يوسف في رواية
اخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع فان قصد بغير من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر لان
السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث والغوث يبطئ بالليالي فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول ابي يوسف قال المصنف
ونحن نقول ان قاطع الطريق لقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث ولست تعلم ان الحد المذكور
في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم من الناس وانما انيط بمجاهرته عبادا لله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق
في المصر وما قاربه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة ايام بين المصر والقاطع ولا شك في ان ليس لحوق الغوث في

ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في باب الديات ان شاء الله تعالى وان خنق في المصر غير مرة قتل به لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله اعلم

ذلك المقدار ظاهرا وهو ما عمل به للظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لزم القصاص واحكامه وان اخذوا مالا ضمنوه واذا اتلفوه وعلى تقدير انهم قطاع ان قتلوا قتلوا احدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اي من قوله لظهور حق العبد عند انتفاء الحد قوله ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى انها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الالة فيها قصور يوجب التردد في انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة في ايلامه او ادخال الضرر على نفسه فالتفق موته وعدم احتماله لذلك فان خنق غير مرة قتل الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتحقيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم استمر لتعمده لانه صار ساعيا في الارض بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل فروع نص في الاصل على ان العبد والمراة في حكم قطع الطريق كغيرهما اما العبد فظاهر واما المراة فكغيرها في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قتل وقطع وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها ذكر الكرخي ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هي المحاربة والمراة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا ترى ان في استحقاق السبي بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمراة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد ولم يحد الصبيان والمجانين لعدم اهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن ابي يوسف رح اذا قطع قوم الطريق ومعهم امراة فباشرت المراة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام الحد عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة رح انه يدرئ عنهم جميعا لكون المراة منهم وجعل المراة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه اعني كون المراة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين فيها ويترك نقل ما في المبسوط من انها كالرجال منسوب الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا وممن فعل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهما مع ضعف الاوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البنية في اصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن واخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن بمحاربات وعلله بان المراة اذا قاتلت العبد واسرت لم تقتل وانما قتلن لقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وابو يوسف رح شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى وقيل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويوخذ بالمال ان كان اقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد احدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا تقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على اب الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا مالنا لا تقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف لا تقيم الحد عليهم الا بحضرة من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستامنين او في دار الاسلام في موضع غلب عليه اهل البغي ثم اتى بهم

كتاب السير

الى الامام لا يمضى عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفى موضع لا يجرى فيه حكمه فلا ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم ولا يفعله ومثله تقدم فى الزنا فى دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال فضمنهم وسلمهم الى اولياء القتيل فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليه الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر او لعدم الخصم وقد سقط حقه منهم بما فصل اليهم او لقضاء الاول فيهم بذلك لنفاذه اذ هو فى فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضى عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبى فقتلهم لا شئ عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة الطرف ولو قتل قبل الثبت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضى القاضى بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل ولى الذى قتله القاطع فى قطع الطريق فلا يكون شئ لظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا امتاع قوم فاستغاثوا بقوم وخرجوا فى طلبهم ان كانوا ارباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غالبوا الخارجين يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال لاسترداد للرد على ارباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شئ عليهم ثم قتلوه لاجل مالهم فان فر منهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل مالهم ولو فر رجل سرا فلحقوه وقد القى نفسه الى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب

كتاب السير

اورد الجهاد عقيب الحدود لبعد ان تناسبهما بوجهين باتحاد المقصود من كل منهما وهو اعلاء العالم عن الفساد ويكون كل منهما حسن لحسن غيره وذلك لغيره وهو اعلاء كلمة الله تعالى تتادى بفعل نفس المامور به وهو القتال وسبب تاخيره عنها لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد واقبحه والعادة فى التعاليم الشروع فيها على وجه الترقى من الادنى الى ما هو اعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة مخصة بخلاف النكاح والسير جمع سيرة وهى فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة لهيئة كجلسة وحمرة وقد استعملت كذلك فى السير المعنوى حيث قالوا فى عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب فى لسان اهل الشرع على الطريق المسلوك بها فى غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب فى عرفهم على جهاد الكفار وهم دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقتلوا وفى غير كتب الفقه يقال كتاب المغازى وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاة مصدرا سماعيا لغزى دالا على الوحدة والقياس غزوا وغزوة للوحدة كضربة وهو قصد العدو للقتال خص فى عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله وتقربا اليه تعالى بذلك واشق منه قصر النفس على الطاعات فى النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهويتها ولذا قال صلى الله عليه وسلم وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا انه صلى الله عليه وسلم

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه

اخره في الفضيلة عن الصلوة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله اي الاعمال افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء انه جعله افضل بعد الايمان في حديث ابي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اي العمل افضل قال الايمان بالله ورسله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وغيره وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه افضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور في الحديث السابق الصلوة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا لا يرد وان المواظبة على اداء فرائض الصلوة واخذ النفس بها في اوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلوة على ميقاتها افضل من الجهاد لان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك لان اقتراض الجهاد ليس الا الايمان واقامة الصلوة فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلوة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به صلى الله عليه وسلم في حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذي نفس محمد بيده ما شحت بعمل ولا اغبرت قدم في عمل يبتغي به درجات الآخرة بعد الصلوة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذ لا شك في هذا عندنا وجب ان يعتبر كل من الصلوة والزكوة مرادة بلفظ الايمان في حديث ابي هريرة ويكون من عموم المجاز او يرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رض وبما عضده من الاحاديث السابقة والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلوة فيه اصلا فانما فيه انه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلوة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن ابي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعاد عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر من صلوة ولا صيام حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن ابي هريرة رض عنه عرم من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيمة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه ليقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رض سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه اجري عليه عمله الذي كان يعمل واجري عليه رزقه وامن الفتان رواه مسلم وزاد الطبراني وبعث يوم القيمة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع ومن مات مرابطا امن الفزع الاكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن ابي هريرة ولعثه الله يوم القيمة آمنا من الفزع وعن ابي امامة عنه صلى الله عليه وسلم قال ان صلوة المرابط تعدل خمسمائة صلوة ونفقة الدينار والدرهم منه افضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل ان يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع

قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد في نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلوة الجنازة ورد السلام فان لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل ولان في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية الا ان يكون النفير عاما فح يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الاية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض على الكل

رباطا الى اربعين سنة واذا اغار مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا اغار ثلث مرات يكون رباطا الى يوم القيامة قال في الفتاوى الكبرى والمختار هو الاول واعلم ان ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن انس رضي الله عنه صلى الله عليه وسلم من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا ياخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله تعالى يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلى وفيه محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن ابي هريرة عنه عم قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان اعطي رضي وان لم يعط سخط تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد اخذ بعنان فرسه في سبيل الله اشعث راسه مغبرة قدماه ان كان في الحراسة وان كان في الساقة ان استاذن لم يؤذن وان شفع لم يشفع له **قوله** الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا موقع تفسير فرض الكفاية اما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله وقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله وبهذه ينتفي ما نقل عن الثوري وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم لقوله كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر رضي الله عنه انه صح ويجب حمله ان صح على انه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب ان المخرج من الصبيان والمجانين مخصوصة بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا واما غيرهما فنقض النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مقرون بالقيد وبغيرهم من بحيث يحارب كقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد ان قتالنا المامور به جزاء لقتالهم وسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اي لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان اهل مكة يفتنون من اسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف في السير فامر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين وقد اكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم في بعض الروايات الصحيحة بحديث النهي عن قتل النساء حين رأى المقتولة وعليه القوم ما كانت هذه تقاتل واما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيمة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان الخبر الواحد لا يفيد الا فرض العمل اي الايضاح اذا تاييد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد هو الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه ابو داود من حديث انس قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثني الله الى ان يقاتل اخر امتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار وفيه يزيد ابن ابي تشبيه من بني سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله اعلم قال المنذري هو في معنى المجهول ولا شك ان اجماع الامة ان الجهاد ماض الى يوم القيمة فلا يتصور نسخه بعد النبي صلى الله عليه وسلم وانه لا قائل ان تقاتل اخر الامة الدجال ينتهي وجوب الجهاد واما كونه على الكفاية فلان المقصود ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين

وقتال الكفار واجب وان لم يرهبه والعمومات

ودفع شر الكفار عن المسلمين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الباقين لحصول المقصود منه كصلوة الجنازة المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى انه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة لانه مشتمل على فرض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير اولى الضرر والمجاهدون الاية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان فرضا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة ويستلزم قطع مادة الجهاد من الكراع يعنى الخيل والسلاح والاقوات فيؤدى ايجابه على الكل الى تركه للعجز فلزم ان يجب على الكفاية ولا يخفى ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم فى كونه فرض عين ان يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد ان يخرج ففى مرة طائفة وفى مرة طائفة اخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه فى ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا اذا لم ينفر عام فان كان بان هجموا على بلدة من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب على جميع اهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية اذ لكل سلوه عصوا وهكذا الى ان يجب على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا كجهاز الميت والصلوة عليه يجب اولا على اهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من يليهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا وكان سعاد اذا دام الحرب لقدر بالفيل الا بعدون وبلغهم الخبر والا فتوكيف لا يطاق بخلاف الفاذ الاسير وجوبه على الكل بحجة من اهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس ولكا سلهم او قعود السلطان ومنعه واستدل على ذلك بقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل غزاة ومتزوجين وقيل اغنياء وفقراء وينبغى ان يقال قول اخر وهى كل من هذه اى انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصله انه لم يعذر احد لغاد العينية وفيه دليل على ان الجهاد على كل من ذكر فى التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعينها العينية بل الحق ان هذه الاية وما تقدم من الايات كلها لافادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالاية المتقدمة واما العينية فى النفير العام فالاجماع لانه من اجماع المسلمين هذا الكلام هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد رد الجهاد واجب وانهم فى سعة من تركه حتى يحتاج اليهم قال فاول هذا الكلام يعنى قوله واجب وانهم فى سعة من تركه اشار الى الوجوب على الكفاية فانه لا يكون من ايمان ترك الكل الا لم يكن واجبا فهو ترك البعض واخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا ان يحتاج اليهم ولا بد من الاستطاعة فيخرج المريض المدنف اما الذى يقدر على الخروج دون الدفع ينبغى ان يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا ولنفر الناس نفرا وتفيرا اذا خرجوا قوله وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم من مشركى العرب او لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم واجب وان لم يبدونا لان الادلة الموجبة لم تفد الوجوب بيد انهم وهذا معنى قولهم للعمومات لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فلا اطلاق العمومات فى بدئهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثورى والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد ما عن الثورى وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوهم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه نسخه وصريح قوله فى الصحيحين وغيرهما امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب ان يبدأهم بادى تاتل وحاصره صلى الله عليه وسلم الطائف لعشرين من ذى القعدة الى اخر المحرم

ولا يجب الجهاد على الصبي لان الصبي مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا اعمى ولا مقعد
ولا اقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن
المولى لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلوة والصوم
بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين
في لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فاذا لم يكن فلا بأس بان
يقوي بعضهم بعضا لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده ان النبي عليه السلام اخذ
درعا من صفوان وعمر رض كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

او الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك انه اكثر في الاستعمال قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ الوجه الظاهر ان يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام ان حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما وطلاقه يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا لحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكونون مخصوصين من العمومات الدليل متقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقهم لم يظهر في حق فروض الاعيان نعم لو امر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب ان يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل نفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد واحد الابوين كارها لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع ان في خصوصه احاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستأذنه فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقد مناه من صحيح الفقاعديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن ابي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفيه عن الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك قال لا قال فارجع فاستأذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما وانا الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قال في ديوان الادب قوله ويكره الجعل يريد بالجعل هنا ان يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد ما دام للمسلمين فيء وهو المال الماخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما الماخوذ بقتال فيسمى غنيمة لانه لا ضرورة عليه ومال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو ان يجعل شبه الاجرة وحقيقة الاجرة على الطاعة حرام فهذا يشاكره ويوجبا على الغازي وعلى الامام كراهة تشبه في المكروه وحقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يفعله والمعلوم ان مقتضى النظر ان النفقة يجب في مال الغازي لانه هو سبب وذمته من المال والبدن فيكون كالحج ولكن وجب تجهيزهم من بيت المال على الامام فاذا لم يقدروا على الجهاد فاضلا عن حاجتهم وعيالهم ان كانوا ممن يطيقهم استحقاقهم من بيت المال بعد ان يكون في ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام اما اذا لم يكن في بيت المال فيء لا يكره ان يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل لان به دفع الضرر الاعلى وهو تعدي شر الكفار الى المسلمين بالحاق الضرر الادنى واستأنس المص لهذا بانه صلى الله عليه وسلم اخذ درعا من صفوان بن امية وبان عمر رض كان يغزي الاعزاب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد اما قصة صفوان فلا شك ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل يطلب منه

باب كيفية القتال

واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام لما روى ابن عباس رض ان النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام فان اجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال صلعم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية به امر رسول الله عليه السلام امراء الجيوش كذا بعد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من يقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لانه لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية لانه لا يقبل منهم الى الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم او يسلمون فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقوله عليه السلام انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول كذا المراد بالاعطاء المذكور فيه في القرآن والله اعلم ولا يجوز ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه لقوله عليه السلام في وصية امراء الاجناد فادعوهم الى شهادة ان لا اله الا الله وكذا نهم بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فينكفون مؤنة القتال ولو قاتلوهم قبل الدعوة اثموا للنهي وكذا غرامة لعدم الغاصم وهو الدين لانه جواز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان وينبغي ان يدعوهم بلغته الدعوة مبالغة في الانذار وكذا يجب في ذلك لانه صح ان النبي عليه السلام اغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد الى اسامة رض ان يغير على ابنى صباحا ثم يحرق وفي الغارة لا يكون بدعوة

اورعا عند خروجه الى حنين ففي سيرة ابن اسحق اربع مائة درع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم ان يسير شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك اربعة اشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين فارسل يطلب ذلك فقال يا محمد اغصبا قال لا بل عارية مضمونة فبعثها ثم استحمله بها فحملها على مائتي بعير وفي مسند احمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عرم ان يضمنها فقال لا انا اليوم في الاسلام ارغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بان يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك الا بالالزام فان ما يفعله الامام في المتكلم فيه لا ياخذه على ان يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه ان عند الحاجة يتوسل الى الجهاز اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من اهل الذمة بشرط الضمان لهم واما عن عمر رض فظاهر فيه لان معنى تعريته عنه ليس الا لانه ياخذ الجهاز منه والا فهو غاز عن نفسه وان اعطاه من بيت المال واما قوله لعطي لشاخص فرس القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر رض انه كان يغزي الاعزب عن ذي الحاجة ليس فيه امر الفرس وروى ابن ابي شيبة ثنا جعفر بن غياث عن عاصم عن ابي مجلد قال كان عمر يغزي العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه للمسافر

باب كيفية القتال لما ذكر ان القتال لازم فلا بد ان يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فشرع فيه فقال واذا دخل المسلمون دار الحرب يصح ان يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وان يكون واو استيناف فحاصروا مدينة وهي البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان اقام به او حصنا وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه دعوهم الى الاسلام فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم امر بذلك امراء الاجناد فمن ذلك ما اخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن ابيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امر اميرا على جيش او سرية اوصاه في خاصته بتقوى الله وبمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث او خلال فايتهن ما اجابوا اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا ان يتحولوا منها فاخبرهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فاسألهم الجزية فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة اصحابك فانكم ان تخفروا ذممكم وذمة اصحابكم خير من ان تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري اصبت حكم الله فيهم ام لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الاحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون انا نقاتلهم على اخذ اموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام واما حديث ابن عباس رض المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن

قال فان ابوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى ان قال فان ابوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على اعدائه فيستعان به في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف وحرقوهم لانه عليه السلام احرق البويرة **قال** وارسلوا عليهم الماء وقطعوا اشجارهم وافسدوا زروعهم لان في جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

ابن ابي نجيح عن ابيه عن ابن عباس قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم رواه الحاكم وصححه قوله ولو قاتلهم قبل الدعوة اثموا ولكن لا غرامة بما اتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الحرب وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة او حكما بان استفاض شرفا وعزا انهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك في ان بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب ان المدار عليه لكن ان هولاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب لما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عون كتبت الى نافع اسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك اول الاسلام قد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث تدنى به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى ابو داود وغيره عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال اغر على ابنى صباحا وحرقوا الغارة لا يكون مع دعوة وابنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال بنى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة واما الاستحباب فلان التكرار قد يجري المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون او يتحيلون او يتحصنون في غلبة الظن في ذلك بما يظهر من احوالهم كالعلم بل هو المراد واذ حقيقته تتعذر الوقوف عليها فان اجاب المدعو وغيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية الامر بالقتال حيث قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا دعوهم الى اداء الجزية بذا امر عم امراء الاجناد وقد ذكرناه من حديث بريدة ولا آخر ما انتهى اليه القتال كما نطق به النص قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هولاء لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما سيتضح فان بذلوها اي قبلوها وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القران بالاجماع وقد قال علي رض انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات يعني حديث علي رواه الشافعي في مسنده اخبرنا محمد بن الحسن الشيباني انبا قيس بن الربيع الاسدي عن ابان بن تغلب عن الحسين بن ميمون عن ابي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا وضعف الدارقطني ابا الجنوب **قوله** فان ابوا استعانوا عليهم بالله وحاربوهم لقوله عم في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم وتقدم الحديث لطوله والكلام عليه والمدمر المهلك فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على الطائف على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد ان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمرو ابن هارون ورواه ابو داود في المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد اربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي وذكر ان الذي اشار به سلمان الفارسي وحرقهم لانه عم احرق البويرة على ما روى الستة في كتبهم عن ابن عمر رض قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة

ولا بأس برميهم وان كان فيهم مسلم اسير او تاجر لان في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لا يتسد بابه وان تترسوا بصبيان المسلمين او باساري لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لانه ان تعذر التمييز فعلا فقد امكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما اصابوا منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفرض بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع مخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه اما الجهاد فمبني على اتلاف النفس فيمتنع حذر الضمان

اسم لفعل بني النضير ولما يقول حسان بن ثابت وبان على سراة بني لوي حريق بالبويرة مستطير ولان المقصود كبت اعدائه وكسر شوكتهم بذلك بحصول ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن انهم ماخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر انهم مغلوبون ان الفتح بما ذكره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما ابيح الا لها قوله ولا بأس برميهم وان كان فيهم اسير او تاجر ولو تترسوا باساري المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون او لم يعلم ذلك الا انه لا يقصد برميهم الا الكفار فان اصيب احد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس الا اذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن ابن زياد فان رموا واصيب احد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال ابو اسحق ان قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما او لم يعلمه لقوله عم ليس في السلام دم مفرج وان لم يقصده بعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه واما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاساري لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم اولى لان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق امران الاول انا امرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصننا او مدينة قلما تخلو عن اسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة او حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود اولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير ان الواجب ان لا يقصد بالرمي الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يفرض وهو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم ان فيها مسلما او ذميا لا يحل قتل احد منهم لاحتمال كونه ذلك المسلم او الذمي الا انه قال ولو اخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذا هو فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم او الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني ان فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصرح به حال وجه مسئلة التترس على وجهي مسئلة ما اذا كان فيهم اسير مسلم او تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو اهل حصن عن تاجر او اسير فاطلاق افتراض القتال اهدارا لاعتباره ما لغا فلا نسلم انه لا يخلو اهل حصن ان يتترسوا بالمسلمين ليكون الاطلاق الافتراض اهدارا لحرمة الرمي فان المشاهدة نفته فوجب ان يتقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا واما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرمهم حل الرمي عند ذلك ولم يتقيد به واعلم ان المراد ان كل قتال مع الكفار وهو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعهم وان لم يحصل فيه الضرر لضرر المسلمين كلهم وهو محل تامل وبتقدير هو ضرر خفيف اشد منه قتل مسلم في غالب الظن وانما يكون الضرر العام مقصودا عاما هذا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل الم يلزم الدية اذا اصيب مسلم مع قوله عم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر اجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفرض لا يقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضي او حده انه لا دية فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا تتقيد بشرط السلامة والا امتنع عن الاقامة بخلاف المضطر حالة المخمصة لانه لا يمتنع عن الاكل مخافة الضمان لان في امتناع هلاك نفسه والضمان اخف عليه من هلاكها فلا تمتنع اما الجهاد فمبني على اتلاف

قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون بها مغافلة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو ولو دخل إسلام اليهود بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا يوافقوا يوفون بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض والتجارة بخرجن في العسكر العظيم لأنه أقرب إلى التلويث من كالطبخ والسقي والمداواة فأما الثواكل فاضطرارهن في البوادي للفتنة ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ولا يستحب إخراجهن للمعالجة والخدمة فإن كانوا لا يدخلون بلادهم دون الحرائر ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا إلا أن يهجم العدو على بلده للضرورة وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول

نفسه فيمتنع مداره واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة إلى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في نفي الضمان **قوله** ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف منهم لما قال المصنف وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو وهذا الحديث رواه الستة إلا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التأويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الإسلام عن أبي الحسن التميمي والصدر الشهيد عن الطحاوي أن ذلك إنما كان عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن أيدي الناس وأما اليوم فلا يكره إذ التأويل الصحيح ما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث فإن أبا داود وابن ماجة زادا بعد قوله إلى أرض العدو وقال مالك أرى ذلك مخافة أن ينالها العدو والحق أنها من قول النبي صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجة عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان ينهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن ينالها العدو وأخرجه مسلم عن أيوب السختياني عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فإني لا آمن أن ينالها العدو وفي رواية لمسلم فإني أخاف فكذا حكم القرطبي والثوري أنها من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلط من زعم أنها من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق تأويله أو شك في سماعه إياها وفي فتاوى قاضيخان قال أبو حنيفة أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى وكأن المراد من شأنهم ذلك والا فقد لا يكمنون وكأنه مأخوذ من السري وهو السير ليلا فكان الأولى أن يقال بعد قوله لا يؤمن عليه ويكره إخراجه فيما ليس كذلك فإن الانتقال من العسكر العظيم إلى السرية ظفرة كبيرة ليست مناسبة والذي يؤمن عليه في توغله في دار الحرب ليس إلا العسكر العظيم وينبغي كونه اثني عشر ألفا لما روي أنه عم قال لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر ما روي فيه هذا باعتباره أحوط هذا مذهبنا ومذهب الشافعي ومذهب مالك إطلاق المنع أخذا بإطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرايا عملا بإطلاق النص وهو وإن كان نيل العدو له في الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وأنت علمت أن العلة المنصوصة لما كانت مخافة نيله فيناط بما مظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك أن حمله لا يكون إلا ممن يخاف نسيان القرآن فيأخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضا كذلك ذكره في المحيط معزوا إلى السير الكبير فكتب الحديث أولى ثم الأولى في إخراج النساء العجائز للطبخ والمداواة والسقي دون الشواب ولو احتيج إلى المباضعة فالأولى إخراج الإماء دون الحرائر ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين **قوله** ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى إلا أن يهجم العدو على ما تقدم **قوله** وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا

ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا اعمى لان النبي نهى عن القتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم فلهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان الميل عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال ما هذه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت

الخ تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلوة والسلام ولا تمثلوا اي المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت امثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه اقطعت انفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المص والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين ان ذلك قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس رضي خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال ابو الفتح البعمري في سيرته من الناس من ابى ذلك الى ان قال وليس فيها يعني اية الحرابة اكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الاية واما من زاد على الحرابة جنايات آخر كما فعل هؤلاء كما ذكر ابن سعد في خبرهم انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينه حتى مات فليس في الاية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعينهم لانهم سملوا اعين الرعاء ولو ان شخصا جنى على قوم جنايات في اعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التسوية الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني اية الجزاء سببا اخر واذا اختلفت في سبب نزول الاية اقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول ان المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم تنسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثله لا تحل الا انها منسوخة لم يشرع اولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك ان قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها اما ان يكون متاخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها او لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح احدهما تضمن الحكم نسخ الاخر ورواية انس صريح فيه واما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع انف رجل واذني رجل وفقاء عيني اخر وقطع يدي اخر ورجلي اخر فلا شك انه يجب القصاص لكل واحد اذا لحقه لكنه يجب ان يستاني بكل قصاص بعد الذي قبله الى ان يبرأ منه وح يصير هذا الرجل ممثلا به اي مثله ضمنا لا قصدا وانما يظهر اثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فيقتضي النسخ ان يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى ان هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا باس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضرب ففقاء عينه فلم يثبته فضرب فقطع انفه ويده ونحو ذلك **قوله** ولا تقتلوا امرأة ولا صبيا اخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر رض ان امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا بسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالدين الفرز قال ابن معين ليس بذلك واما معارضته بما اخرج ابو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا الشيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فاضعف منه ثم على اصول كثيرة من الناس لا معارضة بل يجب ان يخص الشيوخ بغير القاتلين فان المذكور في ذلك الحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا ما اخرج الستة عن الصعب بن جثامة انه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلوة والسلام

قال الا ان يكون احد هؤلاء ممن له رأي في الحرب او تكون المرأة مقاتلة لتعدي ضررها الى العباد وكذا يقتل كل قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة ولا يقتل المجنون لانه غير مخاطب الا ان يقاتل فيقتل دفعا لشره غير ان الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من اهل العقاب لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح

هم منهم وفي لفظ هم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك ان فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بانفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما الظن الا ان حرمة قتل النساء والصبيان اجماع فاما الحديث الذي ذكره المص انه عليه الصلوة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه ابو داود والنسائي عن ابن الوليد الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي حدثني ابي عن جده رباح بن الربيع بن صيفي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتل امرأة ولا عسيفا واخرجه النسائي ايضا وابن ماجة عن المغيرة بن عبد الرحمن عن ابي الزناد عن المرقع وكذا احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وفي لفظه فقال له ما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن ابي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر وهاه الثانية للسكت واذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من انه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ويمنع قتل النساء والصبيان وايا ما بس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة احرى القتل هو لا وهو المراد بقول المص والحجة عليه اي على الشافعي بانيناه يعني من عدم قتل ما بس الشق لكن هذا الالزام على احد القولين لانه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوع الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال احمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروي عنه عليه الصلوة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك واحمد في رواية وذكر ما ذكرنا من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه وعن ابي بكر انه اوصى يزيد بن ابي سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وانت تعلم ان قوله لا تقتلوا المشركين عام مخصوص بالذرية والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر المص بالقياس لو لم يكن فيه خبر فكيف منهم ما سمعت بل ما قدمنا من ان النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما يرجع اليه واما حديث الشيوخ فتقدم انه ضعيف بالانقطاع عندهم فبالحجاج بن ارطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على اصولهم واما قول المص صح انه عليه الصلوة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب قال في العرب ومن الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اي امرأة ولا اجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره في الذخيرة وزاد الشيخ ابو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي انه اذا كان كامل العقل يقتله ومثله يقتل اذا ارتد والذي لا يقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزاد عن حد دون العقلاء والمميزين فهذا يكون بمنزلة المجنون فلا يقتله ولا اذا ارتد قال واما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ويقتلهم ايضا اذا ارتدوا انتهى ولا تقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ويقتل مقطوع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان لم يقاتل قوله الا ان يكون احد هؤلاء استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف في هذا الاصل وصح امره عليه الصلوة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما او اكثر فقد عمي المسلمون به في جيش هوازن الحرب

من ن

الزمنى ن

مجانين ن

[illegible] رجل اباه من المشركين يقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فينافيه قتله لا اطلاق في افنائه فان ادركه الابن يقتله بغير قتله لان المقصود يحصل بغيره من غير افتئاته على الامام وان قصده الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا بأس لان المقصود الدفع لا ترى انه لو شهر الاب السلاح على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله بلا بأس هذا اذا وصل

باب الموادعة ومن يجوز امانه

واذا رأى الامام ان يسالم اهل الحرب او فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وموادعة رسول الله عليه السلام اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خير المسلمين لان المقصود دفع الشر حاصل به

قوله لكن يقتل من قاتل من كل من قتلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في حال قتالهما اما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي المملوك والمعتوه المملوك لان في قتل المملوك استرقاقهم وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذي يجن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل قوله ويكره ان يبدي الرجل اباه من المشركين او جده او امه اذا قاتلت او جدته بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم الآية ولانه يجب عليه الانفاق لاحيائه فينافيه قتله الاطلاق في افنائه فان ادركه اي ادرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن على الاب بغير القتل بل يشغله بالمجادلة بان يعرقب فرسه او يطرحه عن فرسه ويلجيه الى مكان ولا ينبغي ان ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجيه الى ان يفعل ما ذكرنا ولا يدعه ان يهرب الى ان يجيء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فانه يقتله لانه لو كان مسلما اراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا اولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ما يكفي لنجاة احدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي انه لو سمع اباه المشرك يذكر الله ورسوله بسوء ان يكون له قتله لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال مباح قتلهم ولا ناقضة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب الا للمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره ان يتبدئهم كالاب واما في الرجم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة

باب الموادعة ومن يجوز امانه

الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخرجه عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم يوجد منه اصلا ويثاب على ذلك وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال

قوله واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم بمال وبلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله الآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها بروية مصلحة المسلمين في ذلك آية اخرى هي قوله تعالى فلا تهنوا ولا تدعوا الى السلم وانتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم بكسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى والقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول انها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة او المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم تعلم ترجح مقتضى المنع اعني آية فلا تهنوا كما هو القواعد في تقديم المحرم واما حديث موادعته عليه الصلوة والسلام اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره معمر بن سليمان عن ابيه وليس بلازم لان الحاصل ان اهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى ابن عقبة انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين الى ان نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فينبغي ان يكون المحفوظ ما رواه

ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى الى ما زاد عليها بل وفيما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى وان صالحهم ولا ثم رأى نقض الصلح انفع
نبذ اليهم الامام قاتلهم لانه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا وايفاء العهد ترك
الجهاد صورة ومعنى فلا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام في الغدر وفاء لا غدر ولا بد من اشتهار يبلغ خبر النبذ الى جمعهم ويكتفي في ذلك
بمضي مدة يتمكن ملكهم بعده على النبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته لان بذلك ينتفي الغدر قال وان بدؤا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان
ذلك باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون
نقضا للعهد فلو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم
غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى

محمد بن اسحق وهو عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير ان يتعقبه ورواه ابو داود من
حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم انهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن
فيها الناس وعلى ان بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال ورواه احمد في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن هارون انبأنا ابن
اسحق فساقه الى ان قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم بعضا وكذا رواه الواقدي في المغازي حدثني
ابن ابي شبرمة عن اسحق بن عبد الله بن ابي فروة عن واقد بن عمر فذكر قصة الحديبية انها ان قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه
الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على ان سبب الفتح كان نقض قريش العهد
حيث اعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا في مدة الصلح فرفع الخلاف ظاهرا بان مراد من
قال سنتين ان بقاءه سنتين ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما ح والله سبحانه اعلم قوله ولا يقتصر الحكم
وهو جواز الموادعة على المدة المذكورة وهو عشر سنين لتعدي المعنى الذي علل جوازها وهو حاجة المسلمين او ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون باكثر
بخلاف ما اذا لم تكن الموادعة او المدة اسماء خير للمسلمين فانه لا يجوز لانه ترك للجهاد صورة ومعنى وبالح الا باعتبار انه جهاد وذلك انما يتحقق
اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك للمأمور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه اكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو
قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشفت محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها
من المسلمين لما قاربوهم وخالطوهم قوله وان صالحهم مدة ثم رأى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم اي القى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم
انه رجع عما وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الآية انه مقيد
بخوف الخيانة وهو يشمل ان علمتم فيهم خيرا في الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على انه لا يتقيد بحضور الخوف
لان المهادنة في الاول ما صحت الا لانها انفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات نحو ما صح
في البخاري عنه عليه الصلوة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص اربع خصال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب
واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر ورواه ابو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى
اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس او برذون وهو يقول الله اكبر الله اكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عنبسة فارسل اليه معاوية
فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقدة ولا يحلها حتى ينقضي امدها او ينبذ اليهم على سواء
فرجع معاوية بالناس ورواه احمد وابن حبان وابن ابي شيبة وغيرهم واما ما ذكره المص من قوله عليه الصلوة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف في
كتب الحديث الا من قول عمرو بن عنبسة هذا وما استدلاله بانه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة فالاليق ان جعل دليلا
فيما يأتي من قوله وان بدؤا بالخيانة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه وكذا اذا دخل
جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معه من الذراري الا ان يكون باذن ملكهم
فيكون نقضا في حق الكل ولو لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عم لم يعد الى اهل مكة بل هم بدؤا بالغدر

ملخوفة لن

سنتان لن

وان رأى الامام موادعة اهل الحرب ان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به لانه لما جازت الموادعة بغير المال فلان
بالمال لئن جاز اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف
الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا
المال فهو غنيمة يخمس او تقسم الباقي بينهم لانه مأخوذ بالقهر معنى واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام
يرجى منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم ولا يأخذ اعطية لانه شيء يأخذ الجزية منهم لما بينا ولو اخذ لم يرده لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو
المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعل الامام لما فيه من اعطاء الدنية
والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب بأي طريق يمكن

قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سال الله ان يعمي عليهم حتى يبيتهم هذا هو المذكور في جميع اصحاب السير والمغازي ومن تلقى التفسير
ورواها كما في حديث ابن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه من شاء ان يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فيه فدخلت خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحوا من سبعة والثمانية عشر شهرا ثم ان بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين
دخلوا في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة وقالت قريش هذا ليل ولا يعلمنا محمد ولا يرانا احد فاعانوا
بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يخبر الخبر فلما قدم عليه انشدت لاهم
اني ناشد محمدا حلف ابينا وابيه الاتلدا ان قريشا اخلفوك الموعدا ونقضوا ميثاقك المؤكدا وهم بيتوك بالوتير هجدا
فقتلونا ركعا وسجدا فانصرف رسول الله نصرا عتدا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم امر الناس فتجهزوا وسأل الله
ان يعمي على قريش خبرهم حتى يبيتهم في بلادها وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان ابا بكر قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم الم يكن بينك وبينهم
مدة قال الم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن ابي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن
جماعة كثير في كتاب المغازي وفيه فقال ابو بكر يا رسول الله صلى الله عليه وسلم الم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فاناخ اليهم ثم
في النبذ لا يكفي مجرد اعلامهم بل لا بد من مضي مدة يتمكن بلكم بعد علمه بالنبذ من القاء الخبر الى اطراف مملكته ولا يجوز ان يغار على شيء
من بلادهم قبل مضي تلك المدة **قوله** وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ المسلمون على ذلك مالا جاز لانه لما جاز
بلا مال فبالمال وهو اكثر نفعا اولى الا ان هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم يكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل يعني قوله لانه ترك الجهاد
صورة ومعنى قال شارح ويجوز ان يكون اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي
ان الموادعة يجوز واخذ مالهم لا يجوز اذا كان مال المسلمين كثيرا غير انهم ليسوا متاهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتفرق المقاتلة في البلاد
ونحوه وهو بعيد لان ذلك كله جهاد وفي اخذ اموالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فاخذه لهذا المعنى من الجهاد لا اجرة على الترك باعتباره
ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية وان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا انزلنا لهم فهو غنيمة يخمسها
يقسم الباقي لانه مأخوذ منهم قهرا معنى واما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم ان ذلك اذا غلبوا على بلدة وصار دارهم دار الحرب والا
فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة
في مختصر الكرخي لقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه في
معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله لما بينا يعني في باب الجزية ومع هذا لو اخذه لا يرده عليهم لان مالهم فيء للمسلمين اذا ظهروا بخلاف
ما اذا اخذ من اهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب اوزارها لانه ليس فيئا الا انه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم
قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة ومن ذلك قول
عمر لابي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجافيا عن الصلح اليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابو بكر بلى قال اولسنا بالمسلمين قال بلى قال اوليسوا

ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم

بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له ابو بكر الزم غرزه فاني اشهد انه رسول الله فقال عمر وانا اشهد انه رسول الله
وذكر ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس مؤمن ان يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين الا اذا خاف الامام
الهلاك على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء في وقعة الخندق ارسل الى عيينة بن حصن
والحرث بن عوف بن ابي حارثة المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على ان يرجعا بمن معهما فجرى بينهما
الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفعل بعث الى سعد بن معاذ
وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله امر تحبه فتصنعه ام شيئا امرك الله به لا بد لنا من العمل به ام شيئا تصنعه
لنا قال بل شيء اصنعه لكم والله ما اصنع ذلك الا لاني رايت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت ان اكسر عنكم
من شوكتهم الى امر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على المشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه
وهم لا يطمعون ان ياكلوا منها ثمرة الا شراء او بيعا فحين اكرمنا الله بالاسلام وهدانا له واعزنا بك وبه نعطيهم اموالنا وما لنا بهذا من حاجة
والله ما نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة
ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا اتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري وعلل المص
هذا القول لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا يقتل غيره لو اكره عليه بقتل
نفسه بل يصير للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح ان يردوا اليهم من جاء مسلما منهم لبطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاء مسلما
منهم وهو قول مالك وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك في الحديبية حتى جاء
ابو جندل بن عمرو بن سهيل وقد كان اسلم فرده فصار ينادي يا معشر المسلمين اتردون الى المشركين يفتنوني عن ديني فقال له عليه الصلوة والسلام
اصبر يا ابا جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد ابا بصير واما لو شرط مثله في النساء لا يجوز
ردهن ولا شك في انفساخ نكاحها فلا طلب وجها الحربي المهر بل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك واحمد
وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ في حق الرجال ايضا اذ لا فرق بين الرجال
والنساء في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم اكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من اسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تعرض
لمن فعل ذلك من قبيلة اخرى انما يتولى رده عشيرته وهم لا يبلغون فيه اكثر من القيد والسب والاهانة وقد كان بمكة بعد هجرة النبي
صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل ابي بصير وابي جندل ابن سهيل بن عمرو الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر على
خلاف ذلك قوله ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب اذا حضروا مستامنين ولا يجهز اليهم مع التجار الى دار الحرب لانه عليه السلام
نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث سمرة بن كثير السقا عن عبيد الله
القبطي عن ابي رجاء عن عمران بن الحصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب انه
موقوف اخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب القرقساني وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي هو عندي لا باس به

لا يجهز

ارادوا

ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك ولكن الاكراع لما بينا ولكن الحديد لانه اصل السلاح ولكن ابعد المواد عنه لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا عليها وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص فان عليه السلام امر ثمامة ان يميز اهل مكة وهم حرب عليه

ونقل عن احمد نحو ذلك قال المص ولان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في ذلك ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام اي القياس فيه ان يمنع من حمله الى دار الحرب لان به التقوي على كل شيء والمقصود اضعافهم الا انا عرفناه اي نقل الطعام اليهم بالنص يعني حديث ثمامة وحديث اسامة رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له صبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني اسلمت وصدقت محمدا وامنت به وايم الله الذي نفس ثمامة بيده لا يأتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئلونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر انهم قالوا له صبأت فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تأمر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب عليه الصلوة والسلام اليه ان يخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد والسلاح فمنعه المص لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية قال الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى انه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح واما فيما لا تقاتل به الا بصنعة فلا باس به كما كرهنا بيع المزامير والبطائن بيع الخمر ولم نر بيع العنب ياسا ولا بيع الخشب وما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا فاما ههنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره

فروع من المبسوط

طلب ملك منهم الذمة على ان يترك ان يحكم في اهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لايجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلزم احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له ارض فيها قوم من اهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ما شاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا بيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام في الاحراز ولو اسلم كانوا عبيده فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد اقرت وكانت بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على المالك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر اموال اهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو اسلم الملك واهل ارضه او اسلموا هم دونهم عبيده ولو وادعوا على ان يؤدي كل سنة شيئا معلوما وعلى ان لا يجري عليهم في بلادهم احكام المسلمين لا يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون احكام الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعد ما احاط بهم الجيش او قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على ان يؤدوا اليهم في كل سنة مائة راس من انفسهم واولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على اجاعتهم وكانوا كلهم مستأمنين فان استرقاق المستأمنين لا يجوز الا برضاهم فاحدهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فلذلك لا يجوز تمليك شيء من انفسهم واولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تأكدت بخلاف ما لو صالحوهم على مائة راس باعيانهم اول السنة وقالوا

فصل اذا امن رجل حرا او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم لو لم يكن لاحد من المسلمين قتالهم الاصل فيه قوله عليه السلام
المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي قليلهم وهو الواحد لانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه
لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان لكن الامان لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح **قال** الا ان يكون في ذلك
مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه تحريا للمصلحة في النبذ وقد بيناه لو حاصر الامام حصنا وامن واحدا من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام الامان لما بينا
ويبدأ بالامام فتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتأخير فكان حقه ان يراه لا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين
قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيتحرى الامان عن
المصلحة ولانهم كما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح

امنونا على ان هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على ان نعطيكم كل سنة مائة راس من رقيقنا فانه جائز لان المعينين في سنة الاولى
لا تتناولهم الموادعة ومنها يثبت الامان لهم فاذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم اياهم عونا للمسلمين صاروا مما لك المسلمين بالموادعة
والمشروط في السنين الكائنة بعد الموادعة ارقاء فجاز ولو سرق مسلم مستامن مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لان مال المستامن
لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الصلح جاز ان يشتري منهم ما اخذوه من اموالهم
لانهم ملكوها بالاحراز وكمال المسلمين ثم لا يلزم رد شيء من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم اهل حرب اذ لم ينقادوا
الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب اخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه في امان المسلمين

فصل في الامان وهو نوع من الموادعة في التحقيق **قوله** واذا امن رجل حرا او امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن
او مدينة صح امانهم على اسناد المصدر الى المفعول ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام
المسلمون يتكافأ دماؤهم اي لا يزيد دية الشريف على دية الوضيع ويسعى بذمتهم ادناهم اخرج ابو داود من حديث عمرو
ابن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون يتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم
ويرد عليهم اقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى يرد عليهم اقصاهم اي يرد الابعد منهم التبعة عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل
دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها للاغارة فما غنيمة جعل لها ما سمى ويرد ما بقي لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على النيل فهي
دار الحرب واخذ المال واما قوله وهم يد الى آخره اي كانهم آلة واحدة مع تشتت اهوائهم من الملك كالعضو الواحد باعتبار تعاونهم عليه لكن رواه
ابن ماجة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون يتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويجير عليهم اقصاهم وهم يد الحديث فنفسر الرد
في ذلك الحديث بالاجازة فالمعنى يرد الاجازة عليهم حتى يكون كلهم مجيزا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو في الصحيحين عن علي قال
ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما في هذه الصحيفة قال عليه الصلوة والسلام المدينة حرم فمن احدث فيها حدثا او اوى فيه محدثا فعليه
لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلما فعليه
لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة صرفا ولا عدلا واخرج البخاري ايضا من حديث انس ومسلم من حديث ابي هريرة
ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذ اخرجه من حديث علي من جهة ابي داود والواقع ان الشيخين اخرجاه غلط فان ما في الصحيحين ليس فيه
يتكافأ دماؤهم ولهو يريد ان يخرج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصر ادناهم باقلهم في العدد وهو الواحد احترازا عن
تفسير محمد من الذمة ليدخل العبد كما سيأتي وليس بلازم اذ على هذا التفسير ايضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى بمعنى الواحد فانه يتناول الواحد
حرا او عبدا وقد ثبت في امان المرأة احاديث منها حديث ام هانئ في الصحيحين عنها قالت يا رسول الله زعم ابن امي علي انه قاتل رجلا
قد اجرته فلان بن فلان قال عليه الصلوة والسلام قد اجرنا من اجرت وامنا من امنت ورواه الازرقي من طريق الواقدي عن ابي ذئب
عن المقبري عن ابي مرة مولى عقيل عن ام هانئ بنت ابي طالب قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله
اني اجرت حموين لي من المشركين فاراد هبيرة ان يقتلهما فقال عليه الصلوة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان اللذان اجارتهما ام هانئ

ومن اسلم في دار الحرب فهاجر الينا لا يصح امانه ابتداء ولا يجوز امان العبد المحجور عند ابي حنيفة رح الا ان ياذن مولاه في القتال وقال محمد يصح وقول الشافعي رح وابي يوسف رح معه في رواية وهو قول الشافعي رح في رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رض ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالمأذون له في القتال ولا بد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسابقة لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة رح انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلا يلزم الامان المأذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه اذا لا يملك المسابقة لما انه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه لا مانع قتال فيه فاذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سبب الاستغراق بخلاف المأذون لانه رضي بالخطاء ولا يمكن القتال في حقه المؤبد لانه يخف عن الاسلام فهو بازالة الدعوة اليه كما قبل الجزية ولانه مغرور من عند مسلمة لانه في استقراء نفوس الكفار تنفر

عبد الله بن ابي ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه ابو داود حدثنا عثمان بن ابي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود وعن عائشة قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذي باب امان المرأة حدثنا يحيى بن اكثم الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ القوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبرى سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في اسناده سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من ابي هريرة ومنها حديث اجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا العاص فقال عليه الصلوة والسلام الا وانه يجير على المسلمين ادناهم رواه الطبراني بطوله قال المص ولانه من اهل القتال اي الواحد ذكرا او انثى فانهما اهلان بالتسبب بمالهما وعبيدهما فيخاف منه فيتحقق الامان لاقامته محله اي محل الامان وهو الكافر المخالف واذا صدر التصرف من اهله في محله نفذ ثم يتعدى الى غيره اي غير المجير من المسلمين واما قوله ولان سببه لا يتجزى الى آخره فيصلح تعليلا بلا واو للتعدي فان ما ذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما تعديه الى غيره فليس ضروريا فلا بد له من دليل وما ذكر من عدم التجزي يصلح دليلا له فانه لم يتجزى كان امان الواحد امان الكل لا انه يعم امان الكل واستدل على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجزى فكذا الامان وفسر التصديق الذي هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال انت فامن اي اعطيته الامان فامن ولا يصح ان يقال امنت بمعنى صدقت بالدين فامن الكافر اي حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضي فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك ان الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى امان الحربي باعطاء المسلم اياه له فالحق ان كلا منهما يصلح الامان اي اعطاء الامان سببا لا امان بمعنى علته لا يتجزى فلا يتجزى الامان والايمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للامان لا يتجزى فلا يتجزى الامان وصار كولاية الانكاح اذا زوج احد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم ان كونها لا تتجزى انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله الا اذا كان في ذلك اي امان الواحد مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى واما قوله ولو حاصر الامام حصنا فامن واحد من الناس الى آخره فليس تكرارا محضا بل ذكره ليتبنى عليه قوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لا يؤدبه لانه ربما فعل ذلك مخافة ان تفوت المصلحة بالتأخير الى ان يعلم الامام بها ويؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتيات للسبق الى الشيء دون ايتمار من ينبغي ان يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس اي سبقني فاصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي ان يؤدبه مطلقا لتحقق الافتيات فيما فيه مصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه قوله ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وايضا لا ولاية لكافر على مسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء او ابى ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم في دار الحرب لانهما مقهوران تحت ايديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة لانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح قوله ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح امانه لما بينا من ان الامان يختص بمحل الخوف ولا خوف حال كونه مقيما في دارهم لاستمكنه ولا قوة دفاع قوله ولا يصح امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان ياذن له

ولو من الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق

له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وبه قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم ادناهم ولما روى ابو موسى الاشعري من قوله عليه الصلوة والسلام امان العبد امان ولانه مؤمن ممتنع اي له قوة يمتنع بها وليس غيره فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال والمؤيد من الامان وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصاروا اهل ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة اولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر في صحة الامان الا الايمان فانه شرط للعبادات والجهاد من اعظمها واما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك تحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة لا فيما لا مصلحة فيه وانما لا يملك المسابقة اي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بان يقتل وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد وبذلك يصح بالوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولابي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاقي الامان محله وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر وهو الاعزاز لانه من لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر انه يخطئ لان معرفة المصلحة في الامان انما يقوم بمن يباشر القتال وهو الماذون لانه اوري بالامر من غير المحاربين له وفي خطائه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا بخلاف العبد الماذون وبخلاف الامان المؤبد لاعطاء الجزية لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام ولكل مسلم عبدا وحر ذلك لانه مقابل بالحرية فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه لانه مفروض عند مسالمتهم لان الله تعالى عنى قتالهم بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم اسقاط الفرض عن الامام وعن عامة المسلمين وهو لذلك يقع محققا فافترقا واعلم ان وجه العامة تضمن قياسين قياس امان المحجور على امان الماذون في القتال وقياس امان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك ان فرق ابي حنيفة في الثاني متجه واما وجه القياس الاول فلانه ان فرق بانه لا يخاف منه والاخر يخاف فالظاهر ان ذلك بالنسبة الى اهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون الماذون له فيتخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من اتى مع المسلمين سوى البينة فهو مخوف لهم واما بان الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا تاثير له لان الامان غير لازم اذا لم تكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك ينبذ اليهم الامام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن ابي موسى غير تام لانه حيث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاتا فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا ان نقتحمها انصرفنا عنهم عند المقتل فتخلف عبد منا فاستامنوه فكتب اليهم امانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا اسلحتهم فقلنا ما شانكم فقالوا اتممنا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب امانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ورواه ابن ابي شيبة وزاد فاجاز عمر امانه فالجواب انها واقعة حال فجاز كونه ماذونا له في القتال وايضا جاز كونه محجورا لا ان كان عقد ذمة وانه يصح منه والله اعلم الا ان اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي انه اطلقها بذلك الحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وان ابن الصبي وهو لا يعقل لا يصح باجماع الائمة الاربعة كالمجنون

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين المسلمين كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر

وان كان يعقل وهو مجنون عن القتال فعلى الخلاف بين اصحابنا لا يصح عند ابي حنيفة ويصح عند محمد وبقول ابي حنيفة قال الشافعي واحمد في وجه لان قوله غير معتبر لطلاقه وعتاقه ويقول محمد قال مالك واحمد وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق بين اصحابنا وبقول مالك واحمد ولانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي الماذون والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه واضاف ابا يوسف الى ابي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وانما قال المص والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع في الصبي المراهق عن ابي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي بلغ الحلم وهو يعقل الاسلام وانه ثم قال وهذا قوله فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجرى الخلاف في الصبي مطلقا قال المص والاصح التفصيل بين كون العاقل مجنونا عن القتال او ماذونا له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل او مترس او لكم عهد الله او ذمة الله ثم او تعال فاسمع الكلام ذكره في السير وقال الناطفي في السير الكبير سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد رحمة الله عليهم اجمعين

باب الغنائم وقسمتها لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي من المواد حتى ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها وانما كان ذلك غالبا لاستقراء تاييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة يجوز في الواو ما مر بيانه في قوله واذا حاصر الامام وفسر المص العنوة بالقهر وهو ضده لان منه عنى يعني عنوة اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوي عنوة اي ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا في الفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الاخبارات على ان يراد معنى المذكور لا المجاز لكن لتنتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة كتشبيه الرماد ولو اراد به نفسه الجود كان مجازا من المسبب في السبب والوجه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه اي البلد بين الغانمين مع روس اهلها استرقاقا واموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتليهم وقسم باسواهم من الاراضي والاموال والذراري ووضع على الاراضي المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وارضهم واموالهم فوضع الجزية على الروس والخراج على ارضهم من غير نظر الى الماء الذي يسقى به اشهوماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والابار او ماء الخراج كالانهار التي شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر واما المن عليهم برقابهم وارضهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على انفسهم وعلى الاراضي الى ان يخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم احرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعي والاعمال وله ان يقتلهم وله ان يسترقهم

وانشاء اقرارها له عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة رض ولم يخل من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول الجزء لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه

كما سيذكره وقد قيل الاولى الاول وهي قسمة الاراضي وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض لقسمته عليه الصلوة والسلام خيبر لما في البخاري عن زيد بن اسلم عن ابيه قال قال عمر رض لولا اخر المسلمين بفتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطا اخبرنا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر رض يقول لولا ان تترك اخر الناس لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها بينهم كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بينهم فظاهر هذا انه قسمها كلها والذي في ابي داود بسند جيد انه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واخرج ايضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسمها على ستة وثلثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني اعطى لكل مائة رجل سهما وكان الفا وثمان مائة سهما وسيأتي ان رجال غزوة خيبر الف واربعمائة وخمسون ماتيان في رواية كان الخمس الفا وخمسمائة منهم ثلث مائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل يعني صاحبه سهما وقد جاء مبينا وكذلك في رواية البيهقي وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا انه نصف بالنصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكر من طريق اخر بين ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم ذا الوصف في كتاب الاموال فعاملهم بالنصف مما يخرج منها فلم يزل حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى كان عمر فكثر العمال في المسلمين وقووا على العمل فاجلا عمر رض اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف اصحاب المغازي في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصحح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر فانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلمهما واهلهما في حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم كما روي انه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيها حتى ايقنوا بالهلاك سألوه ان يسيرهم وان يحقن لهم دمائهم ففعل فجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى ان قال فلما لم يكن اهل ذينك الحصنين مغنومين ظن ان ذلك صلح وتمسك انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا ارضهم بالحصار والقتال وكان حكمها الحكم سائر ارض خيبر كلها عنوة مقسومة بين اهلها الى ان قال ولو كان صلحا لملكها اهلها كما يملك اهل الصلح ارضهم وسائر اموالهم فالحق في ذلك ما قاله ابن اسحق عن الزهري اي انها فتحت عنوة دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى **قوله** فان شاء اقرها لاهلها الى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق لا شك في اقرار عمر رض اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على كل جريب عامر او غامر عمله صاحبه او لم يعلم درهما وقفيزا وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونه اربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيئا اثني عشر درهما فحمل في اول سنة الى عمر رض اثنان الف الف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرين الف درهم الا ان في المشهور عن اصحاب الشافعي انها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم انه لم يخصها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على اهلها بخراج يؤدونه كل سنة وقال ابن شريح باعها من اهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي ان السواد فتح عنوة وان عمر رض فطف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم الآية لله ولرسوله والذين جاؤا من بعدهم وانما يكون لهم بالمن بوضع الخراج

وفي العقار خلاف الشافعي لان الامام ان ابطل حق الغانمين في ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقتله بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم اصلا بالقتل والحجة عليه ما روينا ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين بالعلة وجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع ما انه يخطئ به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقول ما يقيمهما ليتمكنوا من العمل عن الكراهة قال ويحرق الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا في مشركي العرب والمرتدين على ما بينا ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين وان اسلموا لا يقتلهم لانه دفع الشر بدونه وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد السبب بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب

والجزية ولما عمر خص بهذه الآية ولم يخالفه احد الا تفسير كبلال وسلمان ونقل عن ابي هريرة فدعا عمر على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا واصحابه فقال في المبسوط فلم يحمدوا فدعوا وجعلوا رايه وبدل على ان قسمة الاراضي ليس حتما ان مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها ولهذا ذهب مالك الى ان بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو اوري بالاخبار والآثار ووجوه اهم ان مكة فتحت صلحا لاذ ليل عليها بل على نقيضها الا ترى انه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلوة والسلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق بابه عليه فهو امن ولو كان صلحا لامنوا كلهم به بلا حاجة الى ذلك ولما ثبت من اجارة ام هاني من اجارته وما فعلها علي عن قتله وامره عليه الصلوة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر من هذا كله قوله عليه الصلوة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان احد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا ان الله اذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك قوله وفي العقار خلاف الشافعي فعنده يقسم الكل لان في المن بالارض ابطال حق الغانمين على قولكم او ملكهم على قولي فلا يجوز للامام ذلك بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقتله بالنسبة الى رقبة الارض بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما روينا وهو فعل عمر رض مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل ان عمر رض دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف ولان فيه نظرا للمسلمين لانهم يصيرون كالاكرة العاملة للمسلمين لعلة الزراعة مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى مع انه يخطئ به الذين يأتون من بعد فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا فربما يحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم يعني اذا لم يسلموا لانه عليه الصلوة والسلام قد قتل من الاسرى اذ لا شك في قتل عقبة بن ابي معيط من اسارى بدر والنضر بن الحارث الذي قالت فيه اخته قبيلة الابيات التي منها يا راكبا ان الاثيل منظنة من صبح خامسة وانت موفق ابلغ بها ميتا بان تحية ما ان تزال بها الركائب تخفق منى اليك وعبرة مسفوحة جادت بوكفها واخرى تخفق والابيات لطعيمة بن عدي وهو اخو المطعم بن عدي واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك كيف وهو عليه الصلوة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدي حيا لشفعته في هؤلاء النتنى ولان في قتلهم حسم مادة الفساد الكائن منهم بالكلية وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة ان يقتل اسيرا بنفسه لان الداعي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له ان يتناول عليه وعلى هذا لو قتل بلا لجئ بان خاف القاتل شر الاسير كان له ان يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن لقتله شيئا وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا من ان عمر رض فعل ذلك في اهل السواد وقوله الا مشركي العرب والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاسارى وتحقيق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا على ما نبين ان شاء الله تعالى في باب الجزية من انه لا يقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل بالاسلام واما السيف فان اسلم الاسارى لبعد الاسر لا يقتلهم لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافي السرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي غير المشرك من العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لا يسترقون ويكونون احرارا لان اسلامهم قبل

ولا يفادى بالاساري عند ابي حنيفة رح وقالا يفادى بهم اساري المسلمين وهو قول الشافعي رح لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر
والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شره حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه
غير مضاف الينا ولا اعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال يأخذ منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين
حاجة استدلالا باساري بدر ولو كان اسلم الاساري في ايدينا لا يفادى بمسلم سيرفي ايديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه قال ولا يجوز
المن عليهم اي على الاساري خلافا للشافعي رح فانه يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاساري يوم بدر ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ولانه بالاسر والقسر يثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا

النفاد سبب الملك فيهم قوله ولا يفادى بالاساري عند ابي حنيفة هذا احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدوري وصاحب
الهداية وعن ابي حنيفة انه يفادى بهم كقول ابي يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد الا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع
احمد المفاداة بصبيانهم وهذه رواية السير الكبير قيل وهو اظهر الروايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف تجوز المفاداة بالاساري
قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه رواية الكتاب ما ذكر ان فيه معونة الكفر لانه يعود حربا علينا ودفع شره حرابه خير
من استنقاذ المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه فقط والضرر بدفع اسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين وجه الرواية
الموافقة لقول العامة ان تخليص المسلم اولى من قتل الكافر للانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذي يعود الينا بدفعه
اليهم يدفعه ظاهر المسلم الذي يتخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيكفي ثم يتبعي فضيلة تخليص المسلم وتمكينه
من عبادة الله كما ينبغي زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم اخرج مسلم في صحيحه وابو داود والترمذي
عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين واخرج مسلم ايضا عن اياس
بن سلمة بن الاكوع عن ابيه خرجنا مع ابي بكر امره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال
لي يا سلمة هب لي المرأة لله ابوك اعني التي كان ابو بكر نفله اياه فقلت هي لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى
الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة الا ان هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء فيبقى الاول قوله اما المفاداة
بمال يأخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا في المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين
حاجة استدلالا باساري بدر اذ لا شك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم اذ ذاك فلكن محمل المفاداة الكائنة في بدر بالمال وقوله
انزل الله في شأن تلك المفاداة من الغيب بقوله تعالى ما كان لنبي ان يكون له اسرى حتى يثخن في الارض الى قتيل اعداء الله ثم الآخر
فيتفيهم عنها تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو ان لا يعذب احدا قبل النهي ولم يكن
نهاهم لمسلم فيما اخذتم من الغنائم والاساري عذاب عظيم ثم احلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا هي الجموع من الفداء
وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك انه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفي
رواية تكسير المحاربين لاجل غرض دنيوي وفي الكشاف وغيره ان عمر رض كان اشار بقتلهم وابو بكر رض باخذ الفداء وروي ان المسلمين
قال وروي انهم لما اخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رض عليه وعليه الصلوة والسلام فاذا هو وابو بكر يبكيان فسأله فقال ابكي على اصحابك
في اخذهم الفداء لقد عرض علي عذابهم ادنى من هذه الشجرة قال وروي انه عليه الصلوة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجى منه
الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الامتحان في القتل احب الي والله اعلم بذلك قوله ولو اسلم الاسير وهو في ايدينا لا يفادى به لانه لا يفيد
الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار بمسلم آخر قوله ولا يجوز المن على الاساري وهو ان يطلقهم الى
دار الحرب بغير شيء خلافا للشافعي اذا رأى الامام ذلك ولقولنا قال مالك واحمد وجه قول الشافعي قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه
الصلوة والسلام من على جماعة من اساري بدر منهم العاص بن ابي الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وابو داود من طريقه الى عائشة رض

واذا اراد الامام العود ومعه مواشي فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها بتركها وقال الشافعي رحمه الله يتركها لانه
عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق
بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر
لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يطؤه عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم

لما بعث اهل مكة في فداء اسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء ابي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة زفتها بها على ابي العاص حين بنى عليها فلما راى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لاصحابه ان رأيتم ان تطلقوا لها اسيرا وتردوا عليها الذي لها فافعلوا فعلوا وقد رواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبي صلى الله عليه وسلم قد اخذ عليهم ان تخلي زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق ممن من عليه المطلب بن خطب اسره ابو ايوب الانصاري فخلى سبيله وابو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه واخذ عليه ان لا يظاهر عليه احدا وامتنع رسول الله صلى الله عليه وسلم بابيات ثم قدم مع المشركين في احد فاسر فقال يا رسول الله اقلني فقال عليه الصلوة والسلام لا تمسح عارضيك بمكة بعد بها تقول خدعت محمدا مرتين ثم امر بضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري من قوله عليه الصلوة والسلام في اسارى بدر ولو كان المطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح بهذا لا يثبت المن لان لولا امتناع الشيء لامتناع غيره يعني يفيد امتناع المن ولا يخفى على من له ادنى بصر بالكلام ان التركيب اخبار بانه لو كلمه لتركتهم وصدقه واجب وهو بان يكون المن جائزا فقد اخبر بانه يطلقهم بوساطة ايام الاطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه الا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه ما ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب واجاب كمال الدين بانه منسوخ بقوله ثم اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي آخر سورة نزلت في هذا الشان وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ان ذلك في حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه فعلم ان القتل المامور حتما في غيرهم قوله واذا اراد الامام العود ومعه مواش اي من مواشي اهل الحرب فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم احرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن ابي طالب فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة فخشي ان ينال المشركون فرسه فلم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال او كان قبل نسخ المثلة او علمه بها ولا يتركها لهم وقال الشافعي واحمد يتركها لانه عليه الصلوة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة قلنا هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلوة والسلام نعم روي من قول ابي بكر نفسه رواه مالك في موطائه عن يحيى بن سعيد ان ابا بكر رض بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن ابي سفيان فقال اني اوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تقعرن شاة ولا بقرة الا لمأكلة ولا تحرقن ولا تخربن عامرا ولا تفرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا لم يتم الفتح وحيوزة البلاد دار الاسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث ابي بكر رض الله عنه فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم انه اذا كان كذلك فلا يحرق ولا يخرب لانه اتلاف مال المسلمين الا ترى الى قوله ولا تحرق وهو رضي الله عنه قد علم قوله عليه الصلوة والسلام غرت على ابني صبا حاتم حرق بقي مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم وتعريضهم على المهلكة والموت وانما يحرق لقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكريم بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وفيه احاديث كثيرة منها حديث البخاري عن ابي هريرة رض قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله رواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن عبد القيس وطوله البيهقي وذكر ان السبب لهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلوة حتى القت ما في بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق معروفة لاهل السيرة وذكر البخاري ايضا تحريق علي رض الزنادقة الذين اتى

ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك واصله الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتني على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما في الصيد ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والنهي دليل ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ وجوده ظاهر

فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله وقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار في مسنده عن عثمان بن عفان قال كنت عند ام الدرداء اذ اخذت برغوثا فرمته في النار فقالت سمعت ابا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا وتحريق الاسلحة ايضا وما لا يحرق منها كالحديد يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم دمائي فنادى الولوالجي تترك النساء والصبيان في ارض غامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء هن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو اشد من القتل الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا اسارى بعد الاستيلاء وقد اوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالاسارى خيرا حدث ابن اسحق عن بنيه ابن وهب اخبرني بني عبد الدار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقبل بالاسارى فرقهم بين اصحابه قال استوصوا بالاسارى خيرا فقال ابو عزير مر بي اخي مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرني فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت في رهط من الانصار حين اقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصوني بالخبز واكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحني بها قال فاستحي فاردها على احدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز ان يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك لسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة والله اعلم **قوله** ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرج الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك اذا انهزم الكفار وعن ابي يوسف رح الاحب الي ان لا يقسمها حتى يحرزها ذكرها الكرخي وعنه ان لم يكن مع الامام حمولة يحملها عليه يقسمها في دار الحرب واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت بالهزيمة ويلزمه ان قسمة الامام هناك لا يفيد ملكا الا ان كان عن اجتهاد فانه امضى القضاء في فصل مجتهد فيه او كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى عنه واعلم ان حقيقة مذهبه ان الملك يثبت للغانم باحد امرين اما بالقسمة حيثما كان او باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسمة في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو اعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعض لعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك ويخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه ثبت نسبه عنده لوطيه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختيار التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة اخذها والا اخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه عليه لتقرر انه لا يحل لثبوت سبب الملك وتقسيم الجارية والولد والتقرير بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل قسمة عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاء يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاء وليس لهما تملك الجارية بدون رأي الامام ثم قسمت الغنيمة على الرايات او العرافة فوقعت جارية بين اهل راية صح استيلاد احدهم لها فانه يصير عتقه لها مشتركة بينه وبين اهل تلك الراية شركة ملك وعتق احد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى يكون الشركة خاصة اما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا يثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة او اقل وقيل اربعون وفيه اقوال اخر قال في المبسوط والاولى ان لا يتوقت ويحيل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك ومنها لو مات بعض الغزاة او قتل في دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عندهما

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة كراهة
تنزيه عندهما فانه قال على قول ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رح الافضل ان يقسم في دار الاسلام
ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة

على التاكيد بالهزيمة حتى صح الملك والتاكيد يكفي للارث الا ترى انا نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسمة للتاكد لا للملك لانه
لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط ويستدل على ضعف الحق قبل الاحراز
باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما اتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت
المال والشافعية ان منعوا الثاني لم يمنعوا الاول ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسمة شارك عندنا لا عنده للتاكد وعدمه وانما الثابت
للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك لهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يستحق وكذا ارباب الاموال اذا اسلموا بعد اخذها
قبل الاحراز لا يملكون شيئا منها بل هم من جملة الغزاة في القسمة وفي الاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد وذكر في النهاية ومعناه
اذا لم يوجد واما ان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة
لا يضمن عندنا قال وبعض الاحراز بدار الاسلام يتاكد حق الملك ويستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز
ولو لحقهم المدد لا يشاركون ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة مع ما في المبسوط حيث قال واما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتاكد
بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب ويتم بالملك بل الاخذ وما دام الحق ضعيفا لا يجوز القسمة لانه دون الملك
الضعيف في البيع قبل القبض ووجه المعتمد قول الشافعي بان سبب الملك يتم بالهزيمة لان بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح
فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين
وبني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع ان السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة اي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا او غيره
وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها نوعا
من القهر بدليل ان له ان يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان ظاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم
سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان
ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يتحقق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب كذا المرأة المراغمة
تبين بذلك فانه بالنص بقوله عليه الصلوة والسلام في عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان ذلك يد على نفسه ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال قال الله تعالى
يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه
الى الحيرة وكانت اول حدود الاسلام لان مكة فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجرى احكام الاسلام فيها وهذا لان
دار الحرب تصير دار الاسلام باجراء الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها مباحة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما
بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على ان الملك لا يثبت قبل القسمة
بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة هل توجب الملك في دار الحرب لكنك لم تجعل الدليل من الجانبين على ذلك وتقريره للشافعي انه لا مانع من قسمتها في دار الحرب لتمام
الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا يفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو في دار الاسلام واعلم ان القسمة
انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد واجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز اما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام

قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او لغيره لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدنا من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او بيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق مشاركة المدد

واما الحديث الذي ذكره وهو انه عليه الصلوة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المص خلافا في ان الخلاف في جواز القسمة قبل الاحراز وفي كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لا البطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في امر الحرب وربما يتفرقون وربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غيره فلا يعدم الجواز ثم قال المص هي كراهة تنزيه عند محمد خلافا لابي يوسف ان لا قسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار الاسلام وان الغنيمة امانة في يد الغانمين المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة خلافه او بطلانه والكراهة ادنى فيحمل عليه للتيقن به قبل دليل الخلاف كذا وان كان في السير الكبير غير جيد لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما روي عن ابي يوسف وهذا لان المسائل الاجتهادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز مثل ما سياتي ان من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وانه لا يباع من ذلك لعلف ونحوه شيء ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان اي بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا انه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق لم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام غريب عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح ان كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكونه مخالفا ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه والا فكل خلافية من المسائل كذلك واذا لزم حكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والتحقق في سور الهرة ممنوع لعدم تحاميها النجاسة لان دليل الحرمة اللحم الموجب لنجاسة السور عارضه شدة المخالطة ورجح عليها فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوصه الى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة اما اذا تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوها قسمها في دار الحرب **قوله** والردء اي العون والمقاتل اي المباشر للقتال مع الكفار وكذا امير العسكر سواء في الغنيمة لا تميز واحد منهم على آخر لشيء وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وسنبين فيما سياتي ان شاء الله تعالى **قوله** واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركهم اي المدد فيها وعن الشافعي فيه قولان وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من ان الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز ان يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد الا بثلاثة امور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد هذا وعلى ما حققناه لبينة تاكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن ابي هريرة رض بعث عليه الصلوة والسلام ابانا على سرية قبل نجد فقدم ابان واصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخيبر بعد ما افتتحها الى ان قال فلم يقسم لهم لا دليل له فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار الاسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الاسلام واما استهامه لابي موسى الاشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه انا واخوان لي انا اصغرهم احدهما ابو بردة والآخر ابو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشي فوافقنا جعفر بن ابي طالب واصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وامرنا بالاقامة فاقاموا معنا فقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر

قال الخرقي ومن دخل العسكر في الغنيمة ان كان قاتل اهل الشرك في دار الحرب يسهم له وقال عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة وكذا يجب تنفيل السرايا قلنا الدليل وجوب الجهاد
على قصد القتال لقوله تعالى وقاتلوا المشركين والقتال هو القتل وهذا لا يتحقق الا عند حضور القتال فارسا او راجلا عند القتال وما روي موقوفا على عمر رضي الله عنه ان شهد حاضرا على قصد القتال ان
كان له فرس فله سهمان سهم له وسهم لفرسه وان كان راجلا فله سهم وهو قول الشافعي رحمه الله وقال الشافعي رحمه الله يسهم لفرسه ثلاثة اسهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذه المسألة
ان الغنيمة لمن شهد الوقعة على ما بينا لا لمن دخل العسكر لما روينا ثم كل من كان من اهل القتال يسهم له وان كان لا يقاتل لعجزه لا يسهم له وفي رواية السير الصغير انه يدفع اجارة وصار كما لو
استأجر دابة في مفازة وسيرها فعطبت فعليه الاجر وفي رواية السير الكبير انه يسهم له والضرر العام يجبر بسهم الغانم قبل القسمة وان كان يسهم له فلها وفيه خلاف الشافعي لانه
من مرافق الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري في الملك لا في
قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه

قاسم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا اصحاب سفينتنا فقال ابن حبان انما اعطاهم من خمس الخمس يستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو
حسن الا ترى انه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على انهم شهدوا قبل جواز التناهم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم
في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الجواز او بعد كونه بعد الفتح قوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة لا سهم ولا رضخ الا ان يقاتلوا
فرضخ يستحقون السهم وبه قال مالك واحمد وللشافعي قولان احدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعي بما روي عنه عم انه قال
الغنيمة لمن شهد الوقعة والصحيح انه موقوف على عمر كما ذكر المص ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا وكيع انا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق عن
ابن شهاب ان اهل البصرة غزوا تنهاوند فامدهم اهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رض فظهروا فاراد اهل البصرة ان لا يسهموا الا لاهل
الكوفة فقال رجل من بني تميم ايها العبد الاجدع تريد ان تشاركنا في غنائمنا وكانت اذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
خيرا ذني سبيت ثم كتب الى عمر رض فكتب عمر رض ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال وهو صحيح من قول عمر رض واخرج ابن عدي عن علي رض
الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخي عن مشايخنا وعلى قول الآخرين تأويله ان يشهد
على قصد القتال والوقعة هي القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف باحد
امرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المواظبة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذي يبنى عليه الحكم دون
بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهرا لغيره كالسوقي وسائس الدواب فان خروجه ظاهر لغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل
على قصد القتال فاذا قاتل ظهر انه قصده غير انه ضم اليه شيئا اخر كالتجارة في الحج لا ينتقص به ثواب حجه وعلى كونه السبب ما قلنا فرع
لو اسر في دار الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل ان يخرجوا آثارهم فيها وفي كل ما يصيبونه وان لم يلقوا قتالا
بعد ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد اصابوا غنائم لا يشاركهم الا ان يلقوا قتالا بعد فقاتل معهم لانه بالانفصال سبب لاستحقاق
معهم ولما كان قصده من اللحوق بهم الفرار فلا يستحق الا ان يقاتلوا فيقاتل معهم لانه حينئذ تبين انه قصد باللحاق بهم القتال وكذا من اسلم في
دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شيء لهم قوله
واذا لم يكن للامام حمولة بفتح الحاء لما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره يقسمها بينهم فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فيكون هذه القسمة
بالاجتهاد وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام وليستردها ويقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك في السير الصغير لا يكرههم لانه
انتفاع بمال الغير لا الطلب من نفسه فهو كمن تلفت دابته في دار الاسلام ومع رفيقه دابة ليس له ان يحمل عليها كراها باجر المثل ابتداء بخلافها
بقاء كما اذا انقضت مدة اجارة السفينة في وسط البحر او البعير في البرية فانه ينعقد بينهما اجارة باجر المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر
العام بالضرر الخاص لان منفعتهم راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه انه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف
قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فانه يصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة وقوله في المختصر اي القدوري قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب لعدم الملك
لانه قد بينا الاصل فيه وهذا في بيع الغزاة ظاهر واما بيع الامام لها فذكر الطحاوي انه يصح لانه مجتهد فيه يعني انه لا بد ان يكون للامام رأي المصلحة في ذلك وانه تخفيف اكراه الاهل
عن الرقاب او عن البهائم ونحوه تخفيف مؤنة عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة جزافا فلا يقع فينعقد بلا كراهة مطلقا قوله ومن باع منهم لغانم لقدم تفريعا على عدم الملك قبل دار الاسلام

قال ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب دابتهم ما وجدوه من الطعام قال لعبد الله بن عمر رضي الله عنه سل ولم يقيد بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في الأخرى وجه الأولى أنه مشترك بين التناول للإباحة والانتفاع بلا حاجة كما في الثياب والدواب وجه الأخرى أنه عليه السلام في طعام خيبر كلوها وعلفوها ولا تحملوها ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لأن الغازي لا يتمكن من قوت نفسه وعلف دابته مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فيبقى على أصل الإباحة لحاجة ثم لأن السلاح لا يستعمله فالغنم دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم إذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز والزيت فيستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعمل الخف وفي بعض النسخ الطيب بدل هذا وهو الصواب لمساس الحاجة إلى جميع ذلك ويقاتلون به من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله إذا احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بينا ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتموله لأن البيع يثبت على الملك لا ملك على ما قدمناه وإنما هو إباحة وصار كالمباح الطعام قوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لأنه لا ضرورة إلى ذلك فإن باعوا حرم الثمن إلى الشقة لأنه بدل عين كان للجماعة وأما الثياب فلما تكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة لاشتراك الأنام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب أولى المتاع لأن المحرم يستباح للضرورة فالكراهة أولى وهذا الأمن المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة فإنه إذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين فإن احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما إذا احتاجوا إلى السبي حيث لا يقسم لأن الحاجة إليه فضول الحوائج

وهو المراد بقوله وقد بيناه قوله ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب دابتهم ما وجدوه من الطعام علف الدابة علفا من باب ضرب إذا منعوه معلوفة وعليف والعلف ما اعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود إما يؤكل أو لا وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أو لا فالثاني ليس لهم استعماله إلا كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه أما إذا أراد أن يؤقر سيفه وفرسه باستعمال ذلك لا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الخطب بخلاف الخشب والنحوت لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم بعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده إلى الغنيمة إذا انقضى الحرب وكذا الثوب إذا أضره البرد يشتمله ثم يرده إذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها ولم يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المص لأن الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لأنه من فضول الحوائج لأن أصولها فيستصحب إلى دار الإسلام مشاة فإن لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة حمل الكل يعني بالأجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة إلى المفضول وقال عليه الصلاة والسلام رد الخيط والمخيط ولأنه لا يتحقق بأحدهم مرض يحوجه إلى استعمالها كان له ذلك كالطيب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل للتداوي سواء كان مهيأ للأكل كاللحم المطبوخ والخبز والزيت والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتين والأدهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الأكل والأدهان تلك الأدهان لأن الأدهان انتفاع في البدن كالأكل ويلوقحوا الدواب بها ولو قبح الدابة تصليب حافرها بالدهن إذا خفي من لثرة المشي والرأي ترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الأصح جوازه ونقل عن المص بالرأي من الترقيح وهو الإصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفي المجمع رقح عينه ترقيحا إذا أصلحه والتشديد مبالغة من عينه حيث فيه هيج ماج والهيج من الناس الذي لا نظام لهم فالترقيح أعم من الترقيح وكذا كل ما يكون غيرها كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد إلى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة إلى التناول من ذلك وهو القياس لم الغنيمة في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الأئمة الثلاثة فيجوز لكل من الغني والفقير تناوله إلا التاجر والداخل لخدمة الجندي بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغي أن يأخذ ما يكفي الداخل لخدمته كعبده لأن النفقة عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي أن يأخذه لأجله ولأن دليل الحاجة قائم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الأسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو السلاح والثياب بناء بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المص من قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي أنبأنا علي بن محمد بن بشر أنبأنا أبو جعفر الرازي ثنا أحمد بن حنبل ثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الأشجعي عن أبي سفيان عن ابن عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا وأخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الإطلاق يوافق رواية السير الكبير وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبي أوفى أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وأخرج البيهقي عن أبي بن كعب أن صاحب جيش الشام كتب إلى عمر رضي الله عنه أنا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشيء من ذلك إلا بأمرك فكتب إليه عمر أما علمت أن

قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب حرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق وولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه
فتعاد كل مال هو في يديه لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له لانه سبقت يده الحقيقية اليه بل الظاهرين غلبة او وديعة في يد مسلم او ذمي
لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول
ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانهم اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف رح الآخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت

ويبايعون لمن باع شيئا بذهب او فضة فتسمى بيوعا لمسلمين في هذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله ولا يجوز ان يبيعوا من الكفار
ولا يهبوا لهم فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض مال مشترك بين الغانمين استحقوه بالقهر ومن اسلم منهم هنا اربع مسائل
احدها اسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهرنا على الدار والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من انه احرز نفسه واولاده الصغار وما كان
في يده من المنقولات الى اخر ما ذكرنا فيما اذا اسلم في دار الاسلام ثم خرج الينا ثم ظهرنا على الدار فجميع ما هناك فيء الا اولاده الصغار لانهم
حين اسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يد للرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما اودع مسلما
او ذميا ليس فيئا لان يده يد صحيحة على ذلك المال فيدفع احراز المسلم فترد عليه وما اودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن ابي حنيفة انه
لان يده تخلفت بيده وجه الظاهر انها ليست يد صحيحة حتى لا يندفع اغتنام المسلمين من اموالهم ما لها مستامنا من اسلم في دار الاسلام ثم
ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فيء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فيما نظهر ثبت الاستيلاء على المال
معصوم اما في غير الاولاد فظاهر واما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال وتبعا
دخل المسلم او الذمي دار الحرب بامان واشترى منهم اموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فيء لان يده صحيحة
لانه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لاحراز المسلمين اياها فاما الارضون فالوجه فيها ما ذكر ومن قاتل من عبيده فيء وامرأته لحلول الرقية
وما في بطنها فيء ووديعته ولو عند حربي له لانه ما دام في دار الحرب فيده عليها ولنات الى مسئلة الكتاب قال ومن اسلم منهم الخ قوله
المص معناه في دار الحرب قيد به احترازا عما لو اسلم مستامن في دار الاسلام ثم ظهرنا على الدار فان جميع ما خلفه فيء على ما ذكرناه وهو بعد
ذلك اعم من كونه خرج الينا او لم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهرنا على الدار لما سمعته انفا من ان الذي خرج فظهرنا على الدار وهو
عندنا لا يجوز غير نية فلا بد من تقييده لكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهرنا على الدار وح يحوز نفسه واولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا وكل
آل بالنصب عطفا على نفسه من نفسه وعبيده واما لم يقاتلوا لقوله عليه الصلوة والسلام من اسلم على مال فهو له قال محمد ثنا الثقة ثنا ابن لهيعة قال ثنا
ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له احسن من هذا السند مسند سعيد
بن منصور ثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
الحديث وهذا مرسل صحيح وروى ابو داود عن ابان بن عبد الله بن ابي حازم عن ابيه عن جده صخر بن العيلة انه عليه الصلوة والسلام
غزا ثقيفا فساقه الى ان قال فدعاه اي دعا صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم ثم ساقه الى ان
قال وسال بني الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فانزله اياه واسلم يعني المسلمين وساقه الى ان قال فقالوا يا رسول الله اسلمنا
واتينا صخرا يدفع الينا ماءنا فابى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم فادفع الى القوم ماءهم وابان
هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم ياء مثناة من تحت ويقال ابن ابي العيلة ولانه سبقت يده
الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه وقوله او وديعة او دعها في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة بنصب وديعة ويده اي يد المودع كيده
فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء وماله من زرع قبل ان يحصد لانه تبع للارض وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول ولم يذكر ولدها

ووجدته في لا لها كافرة حربية لا تبعه في الاسلام وكذا احلها في خلافا للشافعي رح هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا انه جزء ها فيرق
برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لا بعد ام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار في لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده
في لانه لما تمرد على مولاه الحربي صار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان او وديعة لان يد المستامن محترمة
وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو في عند ابي حنيفة رح وقال محمد رح لا يكون فيئا قال العبد الضعيف رحمه الله كذا ذكر محمد رح الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح
الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد رح لهما ان المال تابع للنفس قد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس
لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة لانه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شرعه وقد انعدم
بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للابتذال متهانا محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة

في شرح الجامع الصغير ونقل المص عن بعضهم نقل الخلاف فقال وقيل هذا قول ابي حنيفة واسلبه ليوسف رح الآخر وفي قول محمد رح وهو قول ابي يوسف الاول
هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد لا تثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد رح تثبت وحكاه شمس الائمة على خلاف هذا فقال فاما عقاره لا يصير غنيمة
في قول ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح استحسن فاجعل عقاره فيئا لانه ملك محترم له كالمنقول انتهى وحكى غيره ان عندهما لا يصير فيئا وعند ابي حنيفة رح
هو فيئ ووجهه ما ذكره المص بقوله ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست
دار احكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار ولبعد ظهورهم يدهم اقوى من يد السلطان واهل الدار لانها حينئذ شرعا سالبة
لما في ايديهم فظاهر ما ذكرناه من حديث ابان الشهد لكونه غنيمة فانه قال لصحبه منهم ما هم ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم فسماه مالا والمراد
من الماء والارض التي فيها الماء لا النفس لما بخصوصه الا ترى الى قوله اترلني فانزله اياه والاستدلال لقوله عليه الصلوة والسلم فاذا قالوها عصموا
مني دماءهم واموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث لكن قد ضعفت ابانا جماعة مع احتمال ان يراد حقيقة الماء ونزول الارض لاجله قال رح وهو
فيئ لانها كافرة حربية لا تبعية في الاسلام وكذا احلها في وان حكم باسلامه تبعا بخلاف الابوين دينا خلافا للشافعي رح هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا
انه جزء ها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره كما لو تزوج امة الغير يكون اولاده مسلمين ارقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية واولاده الكبار
فيئ لانهم كفار حربيون لا تبعية في الاسلام ولا خلاف في هذا ومن قاتل من عبيده فهو فيئ خلافا للائمة الثلاثة رح والظاهر معهم لانه لم يخرج
عن كونه ماله ولاصحابنا انه لما قاتل والفرض ان سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فتنقضت نسبته بالمالية
الى مولاه لان كمال معنى المالية بالملك واليد وعن هذا قلنا ما كان من مال في يد حربي غصبا فهو فيئ لارتفاع يده للغصب واليد التي
خلفت ليست صحيحة ولا محترمة لان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قال الفقيه ابو الليث وكذا اذا كان
وديعة عند حربي عنده خلافا للائمة الثلاثة في الفصلين لاطلاق الحديث ولابي يوسف ومحمد رح في فصل الوديعة لان يد المودع كيده ولو كانت
في يده حقيقة لا يكون فيئا فكذا اذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة رح ان يد الحربي ليست
محترمة الا ترى انها لا تدفع يد الغانمين عن ماله فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم واورد ان يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب
ان تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لا يوصف نفسها كما ان التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء في دفع الحدث فيكون المال
معصوما بالعصمة صاحبه اجيب بجوابين احدهما ان المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما ينعصم تبعا لعصمة مالكه وتبعيته له في العصمة
انما ثبتت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة او حكما مع الاحترام وكلاهما منتف هنا وهذا لما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة وغير محترمة
هي يد الحربي الحقيقة الثاني ان قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم ان اوجب العصمة فالحقيقي منعها
والعصمة لم يكن ثابتة فلا ثبوت بالشك ويرد على هذا منع انها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت في حين اسلم للاجماع على ثبوت ملكه
حال كونه في يد الحربي والنص يوجب في ملكه العصمة بالاسلام واما ما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فقال المص هو فيئ عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
وقال هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة رح وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيئا
ان قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد رح فلا شك ان هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تصحيف النسخ والصحيح منه

واذا اخرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة مجانا اذا لم تقسم عن الشافعي لا مثل قولنا وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص لنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان حق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين ان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة في الغنى يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول استدل بالخمس

ان قال ما كان عنبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة هكذا وكذا في المحيط ولم يذكر فيها قول ابي يوسف مع محمد لان فخر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي او غصبا عند مسلم او ذمي صار فيئا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون فيئا وكذا ذكر في شرح ابي اسحاق الشيرازي قاضي خان والتمرتاشي وغيرهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ما دونه ان مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل معه بسبب اندفاع شره به فانما هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا حمل الامانة واباحة التعرض كان لعارض شره فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتحان فكان محلا للتملك في الاصل وليست في يده وفي حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد احد فلم يثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم او الذمي وديعة فانه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيئا وما تقدم من ان الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره ابو الليث يقتضي ان يزول ملكه الى المسلم بل الغاصب وح لا يكون مباحا اللهم الا ان يقتصر على نقصان الملك بزوال اليد وقوله وليست في يده حكما انت على تاويل الاموال فرع اسر العدو عبدا ثم اسلموا لا فهو لهم لانه مال اسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية او اتلف متاعا يلزمه قيمته لطلبت الجناية ولزم الدين لان حق ولي الجناية في رقبته فلا تبقى بعد زوال ملكه الا ترى انه لو زال ملكه بالبيع او الهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية واما الدين ففي ذمته فلا تبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لما له فانما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم او اصابه المسلمون في غنيمة اي ولم يسلم مولاه فاخذه المولى بالقيمة او الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال قوله واذا اخرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة التي كانت في دار الحرب انما كانت باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام او علف يرده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسمة الغنيمة في دار الحرب بشرطه وهو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز يرد قيمته وهو قول مالك واحمد والشافعي في قول وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل والاثنان الى دار الحرب اذا اخذ شيئا فاخرجه يختص به قلنا مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائما احق قبل الاخراج وبعده واما بعد القسمة فيتصدقون بعينه ان كان قائما وبقيمته ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين لتفرقهم وان كانوا اقتسموه فيه فلا شيء عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الاحراز يتصدق بها الغني لا الفقير

فصل في كيفية القسمة

قيل لما بين احكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى ان من احكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما افرده بفصل على حدة لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام والقسمة جعل النصيب شائعا معينا قوله ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها اي عن القسمة بين الغانمين ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين هذا قول القدوري وقال المصنف لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس اي لله ثم اخرج الخمس من ان يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشيء رويته لتفسي فهذا يرجع الى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل في قسمته او حاصل بيان قسمتها هو ان يعطي خمسها لليتامى والمساكين وابن السبيل

ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس رضي الله عنه ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم

على ما سياتي ويقسم الاربعة الاخماس للغانمين فعند ابي حنيفة رحمه الله زفر للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد واكثر اهل العلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهم لما روي عن ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري واخرجه الستة الا النسائي وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللرجل سهما وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية اسهم للراجل وللفرس ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من اول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القائمة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجالة الفا واربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس رضي الله عنه مثله ولان الاستحقاق بالغناء وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية وغناء الفارس اكثر اي الجملة على الاعداء والفر الكائن للكرة او للتجارة في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم انه مقتول ان لم يفر كما يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى فلا تلقوا بايديكم الى التهلكة والثبات وليس للراجل الا الثبات فاغنى في ثلاثة امور والراجل في واحد عنها واستدل المص لابي حنيفة بحديث ابن عباس رضي الله عنهما اعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس رضي الله عنه بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان ثنا الحجاج عن ابي صالح عن ابن عباس قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه ايضا من طريق ابن ابي ليلى عن الحكم عن ابن عباس رضي الله عنه نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن في هذا احاديث منها ما في ابي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت ابي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية الانصاري وكان احد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسمائة فيهم ثلاثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما قال ابو داود وهذا وهم انما قالوا اتى فارس فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال فاعطى الفرس سهمين واعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب واما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو رضي الله عنه انه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم في مسنده الواقدي واخرج الواقدي الصافي المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضربني سهم والفرس لسهم واخرج ابن مردويه في تفسيره ثنا محمد بن محمد السري ثنا المنذري بن محمد ثنا ابي ثنا يحيى بن محمد بن هاني عن محمد بن اسحق قال ثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت اصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما منها حديث ابن عمر رضي الله عنه الذي عارض به المص رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا ابو اسامة وابن نمير قال ثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهى ومن طريقه رواه الدارقطني وقال قال ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابي شيبة لان احمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابي اسامة خلاف هذا يعني انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم ثنا ابن المبارك عن عبيد الله

رواه احمد عن عبد الرحمن بن البشر

وقد روي عن ابن عمر أن النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وإذا تعارضت الروايتان ترجح رواية غيره ولأن الكر والفر من جنس واحد فيكون غناء مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه

بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك أن لفظ ابن المبارك من ثبت الناس وأخرجه أيضا عن يونس بن عبد الأعلى ثنا ابن وهب أخبرني عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما وقال وتابعه ابن أبي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبيد الله بن عمر العمري ورواه التيمي عن العمري بالشك في الفارس أو الفرس ثم أخرجه عن حجاج بن منهال ثنا حماد بن سلمة ثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد بن حماد روى حديث عبيد الله متعارضا لكن رواية البيهقي هذا أثبت وروى الدارقطني أيضا في كتابه المؤتلف والمختلف ثنا عبد الله بن محمد بن إسحاق المروزي ومحمد بن علي بن أبي رواية قالا ثنا أحمد بن عبد الجبار ثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما وإذا ثبت التعارض في حديث ابن عمر بل في فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا إلى تعارض رواية غير ابن عمر أيضا ترجح النفي بالأصل وهو عدم الوجوب بالمعنى المذكور لأن الكر والفر جنس واحد والثبات جنس واحد فهما شأنان للفارس وللراجل أحدهما فلا ضعف ماله ولأن الزيادة ليست إلا بالزيادة في الغناء ضرورة وإذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لأن كم من راجل نفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة غناء راجل عن فارس فأقيم مقامه الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان في الغناء نفسه وفرسه وللراجل نفسه فقط فكان على النصف وقول المص وإذا تعارضت روايتان ترجح رواية غيره يريد ابن عباس وعلمت ما فيه فإن قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر في البخاري فهو أصح قلنا قدمنا غير مرة أن كون الحديث في كتاب البخاري أصح من حديث آخر في غيره مع فرض أن رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع أن الجمع وإن كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من إبطال أحدهما وذلك فيما قلنا يحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان أعمالهما أولى من إعمال أحدهما بعد كونه سندا صحيحا على أن ذكر من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الأعلى وذكرنا من تابعه وأما قوله تعارض فعلاه فرجع إلى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف يخطئ من عزاه لابن أبي شيبة ثم هو وإن كان ما تقدم له في سجود السهو من قوله تعارضت روايتا فعله ويعني التمسك بقوله ما تقدم هناك من أنه يفيد أن المصير أولا إلى الفعل فإذا تعذر التمسك به يصار إلى القول وليس كذلك هذا واعلم أن مخارج الحديث الثلاثة أكثر فإنه روي من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود من حديث ابن أبي عمرة عن أبيه والطبراني من حديث أبي رهم وهو مختلف في صحبته وأخرجه أيضا من حديث أبي كبشة الأنماري والبزار من حديث المقداد وأخرجه إسحاق بن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وأبو عبيدة القاسم بن سلام وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير وأخرجه الدارقطني أيضا من حديث جابر وأخرجه أيضا من حديث أبي هريرة وأخرجه أيضا من حديث سهل بن أبي حثمة وهي مع أنها لم تسلم من المقال تهمة لا تنافي قول أبي حنيفة ولا لك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابن عمرة أبتغي رسول الله صلى الله عليه وسلم لرقبة فتصدر معنا فرس لا نيافيه وكذا حديث أحمد أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير رضي الله عنه سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فإنه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فأعطى الفارس ستة أسهم وأعطى الراجل سهما بل هذا الظاهر في أنه ليس أمرا مستمرا إلا أن قال كان عليه الصلاة والسلام وقضى عليه الصلاة والسلام ونحوه فلما قفل غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزاة ثم خص هذا الفعل لغزاة منها كان ظاهرا في أن غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني

ولا يسهم لاكثر من فرس واحد وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين لما روى ان النبي عليه السلام اسهم لفرسين ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الآخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين ولم يسهم رسول الله عليه السلام الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد وهذا لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول على التنفيل كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

الحديث الزبير اعطاني يوم بدر وفي رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا ينافي اذا جاز كونه قسم له ذلك فيهما واما في حديث سهل بن ابي حثمة اذ شهد حنينا فاسهم لفرسه سهمين وله سهما وفي حديث عبد الله بن ابي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه عليه الصلوة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي ان ذلك مستمر منه عليه الصلوة والسلام وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة رض وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة واما حديث ابي لبيشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لان رواية محمد بن عمران القيسي اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه **قوله** ولا يسهم الا لفرس واحد اذا دخل دار الحرب لفرسين اذا كثر وبه قال مالك والشافعي وقال ابو يوسف رح وهو قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن ابي يوسف وانما هو في رواية الاطلاق عنه فاستدل المصنف لذلك بما روى انه عليه السلام اسهم لفرسين وبما روى من حديث ابي عمرة رض بشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي اربعة اسهم ولي سهما فاخذت خمسة اسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير اخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير رض حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال به الشافعي في دفعة وهشام اثبت في حديث ابيه الى ان قال واهل المغازي لم يروا انه عليه الصلوة والسلام اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه عليه الصلوة والسلام حضر خيبر ثلاثة افراس السكب والضرب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم من هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رض قال اعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة ايضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا احسن الا ان قوله اهل المغازي لم يروا انه اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي ثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وقال ايضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن ابي صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة افراس للزاز والضرب والسكب وقاد الزبير بن العوام افراسا وقاد حراش بن الصمت فرسين وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصاري فرسين فاسهم عليه الصلوة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد واثبت ذلك انه اسهم لفرس واحد ولم يسهم انه صلى الله عليه وسلم اسهم لنفسه الا لفرس واحد اي هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور ثنا فرج بن فضالة ثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة رض ان اسهم لفرس سهمين وللفرسين اربعة اسهم ولصاحبها سهما فذلك خمسة اسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد ايضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين واما ما ذكره المصنف عن البراء بن اوس انه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه مما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله وذكرناه ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن قمر عن محمد بن عمر والمدني عن يعقوب بن محمد

والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم والاسم الخيل
ينطلق على البراذين والعتاق والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان في الطلب والهرب اقوى فالبرذون اصبر والبرذون عطفا
ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا
استحق سهم راجل وجواب الشافعي رواه على عكسه في الفصلين هكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رح في الفصل الثاني انه يستحق سهم
الفرسان والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال القضاء الحرب لان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص
عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت تعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود
الوقعة لانه اقرب الى القتال ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولان الوقوف
على حقيقة القتال متعسر فكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا اذا كان على قصد القتال
فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فان كان له راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق

ابن صعصعة عن ابيه ابن اوس انه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب لي خمسة اسهم الا ان هذا غريب قال مالك في الموطا لم اسمع بالقسم للافراس
والعدد واستمر المص على طريقة حمل الزائد على التنفيل قال كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة فساق الحديث بطوله
الى ان قال فلما اصبحنا قال عم خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم اعطاني سهمين سهم للفارس وسهم للراجل فجمعهما لي جميعا
ورواه ابن حبان وقال كان سلمة بن الاكوع في تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسته عليه الصلوة والسلام لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام
وقال كان سلمة قد استنفد لقاح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثت به سفيان فقال خاض بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا
عندي اولى من حمله على انه اعطاه من سهمه والا لم يسم فقليل هبة وضيء سلمة واللقاح مفصل في السيرة **قوله** والبراذين وهي خيل العجم واحدها برذون
والعتاق جمع عتيق اي كريم والهجين وهي كرام الخيل العربية هما سواء في القسم فلا يفضل احدهما على الاخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون ابوه من البراذين
وامه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون ابوه عربيا وامه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من اهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورووا فيه
حديثا شاذا وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من ان اطلاق الخيل يشملها وكذا الارهاب لان في كل خصوصية ليست في الاخرى والعتيق
ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه الين عطفا من العربي غير صحيح لان هذا
دائر بين التعليم والعربي اقبل للادب من العجمي من الخيل وكون احد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن ان يكون ذكره لما نقل
عن عمر رضي الله عنه فضل اصحاب الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني ابو عبيدة قال كتب امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه
الى سلمان بن ابي ربيعة الباهلي وهو بارمينية يامره ان يفضل اصحاب الخيل العراب على اصحاب الخيل المقارف في العطاء فعرض
الخيل فمر به فرس عمرو بن معدي كرب فقال سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو فقال سجن عرف سجنيا مثله فوثب اليه قيس يعني
ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو اقعدني كانك ورعين + يا فضل عيينة او ذو فراس + وكائن كان قبلك من لئيم + ولكنك بنيت في الناس
راسي + قديم عهده من عهد عاد + عظيم قاهر الجبروت قاسي + فاصبح اهل باد واو امسى + يجعل من اناس في اناس **قوله** ومن دخل دار الحرب
فنفق فرسه اي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى في دار الحرب فرسا فقاتل فارسا عليه استحق سهم
راجل وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وهكذا روى ابن المبارك في الفصل الثاني عن ابي حنيفة رح اي فيما اذا دخل راجلا فاشترى
فرسا فقاتل عليه ان له سهم فارس وظاهر المذهب الاول والحاصل ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب هو الحد الفاصل
بين دار الاسلام ودار الحرب عنده حال الحرب لان السبب في استحقاق الغنيمة اذا وجدت هو القتال فيعتبر حال الشخص المستحق عنده دون المجاوزة
لانها انما هي وسيلة الى السبب اي العلة الحقيقية كالخروج من البيت لقصد القتال في دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحال الغازي عند ذلك
بالاتفاق لا يتغير فكذا عند المجاوزة والدليل على ان المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الحاجة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل راجلا
او بعد وغيرهما فانهم يستحقون السهم فظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة فانه غير متعذر ولو تعذر او تعسر فشهود الوقعة لانه اقرب
الى القتال من المجاوزة ولنا ان المجاوزة نفسها من القتال لانهم يلحقهم الخوف بها والاغاظة والحال بعدها حال بقاء القتال لانه
تنوع القتال الى المجاوزة الى دارهم وسلكوها قهرا بالمنعة لا ملاكهم وانما حقيقة المسافة ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة

وابي سفيان

ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او آجر او رهن ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة رح يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع حالة القتال عند البعض والاصح انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة وفيه اشارة

ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا مجنون ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام

القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال شغل شاغل لكل احد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه او بشهادة العدل به بكل فرد فيسقط اعتباره بخلاف في حق افراد قليلة من الناس كقتال الصبي والعبد فاذ يسر في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة واما ما قيل في التعذر بان الشهادة من اهل العسكر لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على ان هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا لانه ينقص سهم نفسه فهو متهم في نفسه اولا الضرر وشركته في اصل المغنم ليست متوقفة على شهادة هذه الا يرى الى ما في الحديث من قول ابي قتادة من شهد لي حين جعل عليه الصلوة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة ولانه لا اهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته عليه الصلوة والسلام ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان او المتجرة او لانه في سفينة ودخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى بريهم فلا قوهم قبله فاقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه وسلمه او آجره او رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على انه لم يقصد بالمجاوزة بالفرس القتال عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس بالاتفاق وكذا اذا باعه حال القتال لا يسقط عند البعض قال المصنف الاصح انه يسقط لانه ظهر ان قصده التجارة وانما انتظر حالة الغرة وعورض بان تلك الحالة حالة المخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحسن فيبعث فيها دليل على ان غرضه الان فيه اما لانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم ادبه او غير ذلك لان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون مبيعه اذ ذاك انتظار الحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه للبرة او ضعفه او هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مرتضيا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب او مستعار او مستأجر ثم اشتراه المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى الا ان يراد في اجراء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يستره المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا قوله ولا يسهم

للمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم ويعطون قليلا من كثير فان الرضخة في الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه على حسب ما يرى الامام وسواء قاتل العبد باذن سيده او بغير اذنه والمكاتب كالعبد لما ذكر في الكتاب وقد استدل المصنف بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم الخ اخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه ان يسير لهما شيء لا ان يجذيا وفي ابي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انا كتبت كتاب ابن عباس الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن واخرج ابو داود والترمذي وصححه عن ظهير مولى ابي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي الى ان قال فاخبر اني مملوك فامر لي بشيء ولما في ابي داود والنسائي عن جدة حشرج بن زياد امه انها خرجت في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا في وجهه الغضب فقال مع من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله

لما روي انه عليه السلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد لكن كان يرضخ لهم ولما استعان عليه السلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني انه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه وهذا المعنى يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى والمولى منعه الا انه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم

ومعنى دوار للجراد وتناول السهام وتسقي السويق قال فمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر اسهم لنا كما اسهم للرجال وبه قال الاوزاعي فقال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره انه بجالة رافع وحشرج عن رواية وقال الطحاوي يحتمل انه عليه الصلوة والسلام استعان اهل الغنيمة وقال غيره يشبه انه انما اعطاهن من الخمس الذي هو حقه هذا ويمكن ان يكون كون التشبيه في اصل العطاء وارادت بالسهم ما خصص به والمعنى خصنا بشيء كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهولاء الرجالة منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم اتباع فهول في سببه حيث لم يفرض على احد منهم في غير التفسير العام في غير الصبي ويزيد الذمي بانه ليس اهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من اهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستاجر لخدمة الغازي اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتسقط حصة زمن القتال من اجرة الاجير لانهما من اهل فرض فلا يكونان تبعا في حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي واحمد وفي قول له وهو رواية عن احمد من اربعة الاخماس وفي قول الشافعي من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الصبي والذمي لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبي قادرا عليه فلا يقام غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر وان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فاقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة امانها لثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يرد اعطاء الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق بان ذلك ليس رضخا بل بمقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك يزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوغ في حمل الجهاد بين من يصح منه ويوجر عليه ومن لم يقبله الله منه ولا يصحه له فكذلك لم يبلغ به السهم كما ذكره المص قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر واما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجوز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما في مسلم وغيره عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلوة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جراة ونجدة فقال له عليه الصلوة والسلام تؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فلن نستعين بمشرك الحديث الى ان قيل له في المرة الثالثة نعم الطلق وعن حبيب بن اساف قال اتيت انا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم انا نستحي ان يشهد قومنا مشهدا الا نستعين معهم فقال اتسلما فقلنا لا قال فانا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا الوشاح فاقول لا عدمت رجلا عجل اياك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المص ولما استعان عليه الصلوة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور في ذلك حديث ابي يوسف اخبرنا الحسن عن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم يهود قينقاع فرضخ لهم فلم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو ضعيف واستدل الواقدي الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم لعشرة من يهود المدينة غزا بهم اهل خيبر واسهم لهم كسهمان المسلمين يقال اجراهم ولم يسهم لهم واستدل الترمذي الى الزهري قال اسهم عليه الصلوة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معهم وهو منقطع وفي سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهري وقتادة شيئا ويقول هي بمنزلة الريح ولا شك ان هذه لا تقاوم احاديث المنع في

والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة ترضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فتقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد على السهم في الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد

القوة فكيف تعارضها وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان في غزوة بدر ثم انه عليه الصلوة والسلام استعان في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن امية وهو مشرك قال وان كان لاجل انه مخير بين ان يستعين به وان يرده كما له والمسلم المعنى بخلافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للآخر وان كان لاجل انه مشرك فقد نسخه ما بعده ولا باس بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولا ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم ولعل رده من رده في غزوة بدر رجاء ان يسلم **قوله** فاما الخمس الذي تقدم انه يخرجه اولا فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم فيقدمون على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من اخذ الصدقات وذوي القربى لا يحل لهم هذا راى الكرخي وسياتي راى الطحاوي ان يدخل فقراء اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون اغنيائهم واليتيم صغير لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقراء ابناء السبيل من ذوي القربى في ابناء السبيل فان قيل فلا فائدة ح في ذكر سهم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتيم اجيب بان فائدته دفع توهم ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيئا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر في التاويلات للشيخ ابي منصور لما كان فقراء ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة في ذكرهم في القران اجاب بان افهام بعض الناس قد يفضي الى ان الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا يحل لهم وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات وقال الشافعي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم وبقول الشافعي قال احمد وعند مالك رح الامر مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وتكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم من القرابات ونحن نوافقه على ان القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب فالخلاف في دخول بني من ذوي القربى وعدمه وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكر والانثى ويدفع للقاضي والثاني وهو ظاهر اطلاق النص لاطلاق قوله تعالى ولذي القربى بلا فصل بين الغني والفقير ولان الحكم المعلق بوصف يوجب ان مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوي القربى ثم لا تنتفي مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفاء الراشدين رض قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة ثم انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلوة والسلام على خمسة اسهم لله وللرسول سهم ولذي القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسمه ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سالت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارايت علي ابن ابي طالب رضي الله عنه حيث ولي العراق بما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون فقال ام والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه قلت فما منعه قال

واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويعد من ولايدفع الى غنائهم
وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لهما ثم وبنو المطلب دون غيرهم
لقوله تعالى ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير

كره والعدان يدعى عليه بخلاف سيرة ابي بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية ابي يوسف عن الكبي فان الكبي
ضعيف عند اهل الحديث الا انه وافق الناس وانما الشافعي يقول لا اجماع بمخالفة اهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور الصواب
لانه لم يكن يحل له ان يخالف اجتهاده لا اجتهادهما وقد علم انه خالفهما في اشياء لم توافق رايه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا انه
رجع الى رايهما ان كان ثبت عنه انه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعي عن ابي جعفر محمد بن علي قال كان رأي
علي في الخمس رأي اهل بيته ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون اهل البيت لان ما منع ان فعله كان تقيته من
ان ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين عن حقهم في اعتقاده ولم يكن منعه الا لرجوعه وظهور الدليل وكذا ما روي عن عباس من انه
كان يرى ذلك محمول على انه كان في الاول كذلك ثم رجع فان لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم
النكير من اعدل ولا فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوي القربى السلام لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف الكتاب
وفعله عليه الصلوة والسلام لانه اعطاهم بلا شبهة اجاب على قول الكرخي ان الدليل دل على ان السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلوة
والسلام يا معشر بني هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم في الزكوة واسند الطبراني في معجمه ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا معتمر
بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما
فاستعينا بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال ما يحل لاهل البيت من الصدقات شيء
ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن ابي حاتم في تفسيره ثنا ابي ثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي ثنا معتمر بن
سليمان به بلفظ رغبت عن غسالة ايدي الناس ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض
المتأخرين ثم في كون العوض انما ثبت في حق من ثبت في حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي ان المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقراء ذوي القربى
فيقتضي اعتقاد استحقاق فقرائهم وكونهم مصارف مستمرا دنيا فيه اعتقاد حقيقة منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما روينا
انهم لم يعطوا ذوي القربى شيئا من غير استثناء فقرائهم وكذا بنا فيه اعطاؤه عليه الصلوة والسلام الاغنياء منهم كما روي انه اعطاء العباس
وكان له عشرون عبدا تجرون وقول الصحابي والنبي صلى الله عليه وسلم اعطاهم للفقرة الخ يدفع السؤال الثاني لكن يوجب علينا قضية مع ما قبله
لان الحاصل ح ان القرابة المستحقة هي التي كانت لفقرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء ومن اخر لعبده عليه الصلوة والسلام كالعباس
فكان يجب على الخلفاء ان يعطوهم وهو خلاف ما تقدم عنه انهم لم يعطوهم بل حضروا القسمة في الثلاثة ويعكر ما سيرويه في تصحيح قول الكرخي
ان عمر اعطى الفقراء منهم سهامهم انه لم يعرف اعطاء عمر لقيد الفقر ويأتي المروي في ذلك ابي داود عن سعيد بن المسيب ثنا جبير
بن مطعم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيئا كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان
ابو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انهم لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم
وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه واخرج ابو داود ايضا عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة
وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ارايت ان توليتني حقنا في هذا الخمس في كتاب الله اقسمه في حياتك

ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين لم يقسموه على ثلثة اسهم على نحو ما قلنا ولو كفى لهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر
بني هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت في حق من يثبت
في حقه المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الا ترى انه عليه السلام علل فقال نصرتم
لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه دل على ان المراد من النص
قرب النصرة لا قرب القرابة **قال** فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه

كيلا ينار غنى احد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمه حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر حتى كان آخر سنة من سنين عمر فاتاه
مال كثير فنزل حتنا ثم ارسله الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه احد بعد عمر فلقيت العباس بعد اخرجت
من عند عمر فقال يا علي جئتنا الغداة شيا لا يرد علينا وكان رجلا ذاهبا فهذا ليس فيه تقييد الا عطاء لفقير المعطى منهم وكيف والعباس
كان ممن يعطى ولم يصف بالفقر مع ان الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم ان ابا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي انه قسم لهم
وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب ان يعول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذوي القربى بيان مصرف
لاستحقاق على ما هو المذهب الا لم يجز لهم شيء بعده عليه الصلوة والسلام وذلك ان القربى وان قيدت بالنصرة الموارث في الجاهلية فانهم تبعوا
بعده عليه الصلوة والسلام فكان يجب ان يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف اي ان كلا من المذكورين مصرف
حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطي تمام الخمس لابناء السبيل وان يعطي تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة
فجاز للراشدين ان يصرفوهم الى غيرهم خصوصا وقد راوهم اغنياء متمولين اذ ذاك ورأوا صرفه الى غيرهم انفع ونقول مع ذلك ان الفقير
منهم مصرف ينبغي ان يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة يمنع كون الخمس كذلك بل هو مال
الله لان الجهاد حقه اضافة اليهم لاحق لنا لزمنا اداؤه طاعة له لتيسير صرفه وسخاء يدل على بطلانه انه عليه الصلوة والسلام لم يصرفه لهم في حياته فلو كان
فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا ان مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفا غير ان الخلفاء لم يعطوهم اعتبارا منهم لغيرهم في الصرف
والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح الصرف اليه واجزى لان المصرف من بحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غنى ذوي القربى
عندهم كذلك هذا واما انه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في ابي داود وغيره بسنده ابي سعيد بن المسيب
قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل
وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان بن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع
الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني عبد المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلوة والسلام انا وبنو عبد المطلب لا نفترق في
جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شيء واحد وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة الموازرة والموافقة في الجاهلية فانه ليس في ذلك نصر
قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجر ان بني هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السير مشهورة
وعن هذا استحقت ذراريهم مع انه لا يتاتى نصرة منهم فقال وشرح قوله قرابتنا واحدة انه عليه الصلوة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم
بن عبد مناف وهذا الجد اعني عبد مناف له اولاد هاشم الذي ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل
وبني عبد شمس والمطلب منه عليه السلام واحدة فمقتضى استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقراء الكل مصارف
على قولنا فتبين عليه الصلوة والسلام ان المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على عدم الاستحقاق بل
انهم مصارف ورأوا غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا **قوله** فاما ذكر الله الخ لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع لبيان حال سهم الله وسهم الرسول
فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه وللرسول وللذي القربى ان لله سبحانه سهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى افتتاحا

وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا **قال** وبعده بالفقر قال العبد الضعيف عصمه الله هذا الذي ذكره قول الكرخي وقال الطحاوي رح سهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرم كما حرم العمالة وجه الاول قيل هو الاصح ما روي ان عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء اما فقراؤهم يدخلون الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد والاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا اشياء لم يخمس لان الغنيمة هو الماخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس طعمتها ولو دخل الواحد والاثنان باذن الامام ففيه روايتان المشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا اشياء لم يخمس وان دخلوا باذن الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام ان ينصرهم اذا دخلوا لهم كان فيه ظن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

ليتبرك به بذكر اسمه ثم فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله ورسوله واحد قال ابو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بنية الكعبة ان كان قريبة والا فالى مسجد كل بلد وثبت فيها الخمس ودفعه بان السلف فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روي عن ابن عباس رض رواه الطبراني في تفسيره عن ابي كعب حدثنا احمد بن يونس حدثنا ابو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رض انه قرأ واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وفي غيره حديث عن ابن عباس رض كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا القائل يكون في سنة وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة **قوله** وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه الصلوة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع وسيف او جارية قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين اتي به علي رض بعد ان قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن اخطب من غنيمة خيبر رواه ابو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المص والحجة عليه ما قدمناه اي من الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على اربعة ورفعوا سهم الرسول لم ينقل ذلك عن احد وايضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة واما قول المص وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يغني عنه وقوله كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالفقر لا يخفى ضعفه فان قوله ثم ولذي القربى اما ان يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة في الضيق والموانسة فيه فيكون المصارف مطلقا في الحيوة وبعد الممات واما الفقراء منهم فيهم المصارف كذلك اي في حياته وبعد مماته فليس لوجه فيه الا ما قدمناه من انه اريد ان القرابة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلوة والسلام اعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لا ان الصرف اليهم كان واجبا عليه كما يجوز ان يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون رض الصرف الى غيرهم واما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمنا وما هو الحق في التقرير وانما قال وقيل هو الصحيح اي قول الكرخي لان من المشائخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوي عليه غير ان توجيهه بان عمر رض اعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء يريد اجماع الخلفاء الراشدين رض والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء **قوله** واذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب مغيرين جمعة نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى ان الكلام ايضا في قوله فاخذوا لكن كونه تنبيها على ان الثلاثة ايضا مراد اي اذا دخل واحد او اثنان او ثلاثة بغير اذن الامام فاخذوا اشياء لم يخمس وقد صرح بان الثلاثة كالواحد واما الاربعة فيخمس وفي المحيط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة التي لا منعة لها بالسبعة والتي لها منعة بالعشرة ومذهب الشافعي ومالك اكثر اهل العلم انه يخمس ما اخذه الواحد تلصصا لانه مال حربي اخذ قهرا وكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن واحمد في رواية عنه نمنع انه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما اخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ التلصص انما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث اذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة او كالعشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان الماخوذ قهرا غنيمة وخذله

فصل في التنفيل قال ولا بأس بأن ينفل الامام في حال القتال ويحرض على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء

خذلانا اذا ترك نصره واسلمه

فصل في التنفيل نوع من القسمة فالحقه بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذه بالاجتهاد لانه الى رأي الامام بان ينفل قليلا وكثيرا ونحوها والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال نولد الولد للذكر ايضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف لغتان فصيحتان قوله ولا بأس بان ينفل الامام اي يستحب ان ينفل نص عليه في المبسوط وسيذكر المص انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه تتأكد ما سلف من ان قول من قال لفظ لا بأس انما يقال لما تركه اولى ليس على عمومه واعلم ان التحريض واجب بالنص المذكور لكنه لا يختص بالتنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره ايضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله فاذا كان التنفيل احد خصال التحريض كان التنفيل واجبا ضمنا ثم اذا كان هو داعي الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به اولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه بل هو واجب مخير واما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء والاحرام التنفيل لاستلزامه محرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان ليسلب المقتول وغيره وتمثيل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب في حنين قوله فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيئا فهو له او يقول للسرية قد جعلت لكم النصف او الربع بعد الخمس او قال للعسكر كل ما اخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي اوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكر في السير الكبير هذا العقد يبطل ما ذكرنا من قوله من اصاب شيئا فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو ابطال السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئا اصلا بانتهائه فهو اولى بالبطلان والفرع المذكور في الحواشي وبه ايضا يتبين ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع الماخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة ايهاش الباقين واثارة الفتنة فلا ينفل بجميع الماخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه محل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال احمد وعند مالك والشافعي لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى رأي الامام وبالتنفيل للغانمين قلنا انما هي حقهم بعد الاصابة اما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو ما يصاب لا حال كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان هجمها العدو ليس لامام ان ينفل الا من الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام قوله لانه لا حق للغانمين في الخمس اورد عليه انه لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم اجيب انما يجوز باعتبار جعل المتقبل لمن احد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا انهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام ان يضيعه في الغنى ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فيجعله للاغنياء وابطال حقهم قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء وهو قول مالك وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وبه قال احمد الا انه قال اذا كان من اهل السهم او الرضخ وشرط الشافعي الاول قولا واحدا وفيهما يرضخ

وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا انه ما من ذوي الجيش فيكون غنيمته فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك

له قولان احدهما كقول احمد والثاني لا سلب له وشرطا ان يقتله مقبلا لا مدبرا ولا ان يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب احدا فيقتله لان ذلك ليس غنا كثيرا اذ كل احد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقه الى ان قال فقال عليه الصلوة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله القتيل فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر الصديق رض لا ها الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله تعالى يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلوة والسلام صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه واخرج ابو داود في سننه عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في انه عليه الصلوة والسلام قال ذلك وانما الكلام ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال او كان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الوقعة وغيرها يخصها فعنده نصب الشرع لانه هو الاصل في قوله لانه انما بعث لذلك قلنا كونه تنفيلا هو ايضا من نصب الشرع والدلالة على رض على الخصوص واستدل المص على ذلك بانه عليه الصلوة والسلام قال لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك فكان دليلا على احد محتملي قوله من قتل قتيلا فله سلبه فهو انه تنفيل في تلك الغزاة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والاوسط بلفظ حبيب بن سلمة ان صاحب قبرس خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فاراد ابو عبيدة رض ان يخمسه فقال له حبيب بن سلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه هذا معلول بعمرو بن واقد ورواه اسحق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن امية قال كنا مع عسكر بن هذا الزق فذكر لحبيب بن سلمة الفهري الى ان قال فيجاء بالسلب على خمسة انفال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب ان ينفذه كله ابو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك الا بعد وسمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ اتتقي الله وتاخذ ما طابت به نفس امامك فانما ذلك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رايهم على ذلك فاعطوه حد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى مجهول وبحض المص انه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن ابي سلمة وصوابه حبيب بن سلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فانا انما نستانس به لا احد محتملي لفظ روي عنه عليه الصلوة والسلام قد يتائد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل ابي جهل يوم بدر فان فيه انه عليه الصلوة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد ما راى سيفهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا ان البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي من يشاء وقد قسم بجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلوة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعى انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه من طريق فيه الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلوة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء ابو اليسر

وما لا يحتمل نصب السرج ويحتمل التنفيل فحمله على الثاني لما رويناه زيادة الغناء لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبة او على وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس بسلبه

باسيرين فقال سعد بن عبادة اي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحياة ان تصنع ما صنع اخواننا ولكنا رأينا كذا فردت فكرهنا ان نذكك بمضيعة قال فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يرجعوا تلك الغنائم بخمسها فظهر انه حيث قال ليس نصب السرج للابد وهو وان ضعف سنده فقد ثبت انه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في ابي داود ولا شك انه لم يقل لفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قال وقد علمنا انه لم يكن عنى دراهم او دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضي ذلك لقلتها او عدمها فيغلب على الظن ان ذلك المكنى عنه للراوي وهو السلب ما اخذ لانه المعتاد ان يجعل في الحرب للقاتل وليس كلما روي بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والماخوذ للاخذ فيجب قبوله غاية الامر انه تظافرت به احاديث ضعيفة على ما يفيد ان المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه انه ليس نصا مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه انتهى الى الحسن فيغلب الظن انه تنفيل في تلك الوقائع وما يبين ذلك بقية حديث ابي داود فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردءا لكم لو انهزمتم فتيتم الينا فلا تذهبوا بالغنم ويبقى فابى الفتيان ذلك وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين ان كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والماخوذ للآخذين وحديث مسلم ابي داود عن عوف بن مالك الاشجعي دليل ظاهر انه كما قلنا قال فخرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة ورافقني مددي من اهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه فقتله فحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فاخذ منه سلب الرومي قال عوف فاتيت خالدا فقلت له يا خالد اما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لتردنه او لاعرفنكما عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فابى ان يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلوة والسلام يا خالد رد عليه ما اخذت منه قال عوف قلت دونك يا خالد الم اوف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فاخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل انتم تاركوا لي امرائي لكم صفوة امرهم وعليهم كدرته ففيه امران الاول رد قول من قال انه عليه الصلوة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه الا في حنين فان مؤتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد انه عليه الصلوة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والاخر انه منع خالدا من رده بعد ما امر به فدل ان ذلك حيث قال عليه الصلوة والسلام كان تنفيلا وان امره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من استحقه وقول الخطابي انما منعه ان يرد على عوف سلبه زجرا لعوف ليلا يتجرى الناس على الائمة وخالد كان مجتهدا فامضاه عليه الصلوة والسلام واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع غلط وذلك لان السبب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وانما كان للمددي فلا تزر وازرة وزر اخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان اشد على عوف من منع السلب ازجر له منه فالوجه انه عليه الصلوة والسلام حبا ولا ان تمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب وشفاعته وذلك يمنع السلب لانه لغضبه وسياسته بزجره يمنع حق اخر لم يقع له جناية فهذا ايضا يدل على انه ليس شرعا عاما لازما وقوله وزيادة الغناء الجواب عن تخصيصه بكونه تنفيلا مقبلا فقال زيادة الغناء في الجنس الواحد لا يعتبر موجبة زيادة من المغنم لما قامت به وقوله كما ذكرناه يعني ما قدمه في اول فصل كيفية الغنيمة من انه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بان اغناء هذا في الحرب اكثر من هذا ولا يكفي زيادة

ثم حكم التنفيل قسم من اباقيين فانه الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطيها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي يوسف وقال محمد له ان يطأها ويبيعها لان ما يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب بالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالاتلاف قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق فيه مباح والسبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا باستيلائهم

شهرة بلا دون ذلك ولا بعد ان تنفق اغنامه من غير المشهور في وقت اكثر من المشهور او يشير الى قوله لان الكر والفر اسفر من جنس واحد فهو كالسلب على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وما على مركبه من السرج والآلة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه من ذهب ونفقة وما سوى ذلك مما هو مع غلامه او على دابة اخرى فليس منه بل من الكل والحقيبة الزيادة وفي مؤخر القتب وكل شيء شددته في مؤخر رحلك ورفقتك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه من النفقة وحقيبته قولان احدهما ليس من السلب وبه قال احمد والآخر انه من السلب هو قولهما وعن احمد في بردته روايتان قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فقط واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل اي في باب الغنائم من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة الخ حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له ومن اصاب شيئا فهو له فاصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطيها في دار الحرب وقال محمد له ان يطأها وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب او بعد قسم الامام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطيها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطيها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما ان سبب الملك في التنفيل ليس الا القهر كما في الغنيمة ولا يتم الا بالاحراز بدار الاسلام لانه ما دام في دار الحرب مقهورا دارا وقاهرا يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجه دون وجه ولا اثر للتنفيل في اثبات القهر بل في قطع حق غيره واما الملك فانما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا بخلاف الشراء لان سبب الملك العقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر ايضا قبل الاحراز لا لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم ان كون الملك يتم بالقسمة في دار الحرب عند ابي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطأها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الاظهر في المتن عدم الحل ولا يتم القياس عليه لمحمد الا على احد القولين وقوله ووجوب الضمان بالاتلاف ذكره لدفع شبهة ترد على قول ابي حنيفة وابي يوسف لان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف للسلب نفل الامام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما ان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطء عندهما ايضا بعد الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف وانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي نسخة وقد قيل قالوا الله اعلم

باب استيلاء الكفار لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلائهم علينا وتقديمه الاول على الثاني ظاهر قوله واذا غلب الترك على الروم اي كفار الترك على كفار الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه عن قريب فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال اي مما اخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم مواداعة لانا لم نغدر بهم انما اخذنا مالا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين مواداعة فاقتتلوا فغلبت احداهما كان لنا ان نشتري المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا في المخالصة والاحراز بدار الحرب شرط اما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين مواداعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين شيئا لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالاخرى فانه على ملكهم واما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا او لا ينبغي ان يقال ان كان بين الماخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالامية او كان الماخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا ذلك عند الكرخي وان لم يكن فان دانوا بان من قهر اخذ ملكه جاز

واذا غلبوا على اموالنا والعياذ بالله واحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتقض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم وكذا ان الاستيلاء وجد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا للحاجة المكلف كاستيلائنا على اموالهم هذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت الممكنة عاد ما كما كان غير ان الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

والا لا **قوله** واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وهو قول مالك واحمد الا ان عند مالك يجري الاستيلاء يملكونها ولاحمد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم اموالنا بالاحراز ان لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشتري ما اخذوه فيأكله والبقار الجارية لملكهم كل ذلك وقال الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء اي استيلاءهم على اموالنا محظور ابتداء عند الاخذ وانتهاء عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلوة والسلام اذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات اجماعا والمحظور لا ينتقض سببا للملك على ما عرف من قاعدته فصار كاستيلاء المسلم على المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا الى عمران بن الحصين فلما كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء واسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت على العضباء فاتت على ناقة ذلول فركبتها ثم توجهت قبل المدينة ونذرت لان الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرت المرأة بنذرها فقال بئس ما جزتها او وفيتها لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفي لفظ فاخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المرأة لاحرازها اياها بالاخذ وبالهرب او وجه من النقل فالمعنى فالاول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء ليفيد من لا يملك شيئا فدل على ان الكفار ملكوا اموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من لا يملك لا وهو في مكان لا يصل اليه فقير اهل هو مخصوص بابن السبيل وكذا عطفوا عليهم في نص الصدقة فاما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين انه قيل له عليه الصلوة والسلام في الفتح اين تنزل غدا ان ملكم فقال فهل ترك لنا عقيل من منزل وروي اين تنزل غدا بدارك فقال فهل ترك عقيل لنا من رباع وان ما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل ان المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من ابي طالب فانهم توفي وترك عليا وجعفرا المسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لان الدار كانت النبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجر واستولوا عليها فملكوها بالاستيلاء

وروى ابو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا الى النبي صلى الله عليه وسلم فاقام البينة انها له واقام الآخر البينة انه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت ان تاخذ بالثمن الذي اشتراها به فانت احق والا فخل بين الرجل وناقته والمرسل حجة عندنا وعند اكثر اهل العلم واخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده يسين الزيات مضعف واخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس انه عليه الصلوة والسلام قال فيما احرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده قد قسم فان شاء اخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة واخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له ومن وجده بعدما قسم فليس له شيء وضعف باسحق بن عبد الله بن ابي فروة ثم اخرجه بطريق اخر فيه رشدين وضعفه به اخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من ادرك ماله في الفيء قبل ان يقسم فهو له وان ادركه بعد ان قسم فهو احق به بالثمن وفيه يسين ضعف به قال الشافعي واحتجوا ايضا بان عمر بن الخطاب قال من ادرك ما اخذ العدو قبل ان يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روي عن الشعبي عن عمر وعن جابر بن حلية عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده الى قبيصة بن ذويب ان عمر بن الخطاب قال فيما اخذه المشركون فاصابه المسلمون فعرفه صاحبه ادركه قبل ان يقسم فهو له وان حيز فيه

فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله
عليه السلام فيه ان وجده قبل القسمة فهو لك بغير شيء وان وجده بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه
فكان له حق الاخذ نظرا له الا ان في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر
من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وان دخل دار الحرب تاجرا فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام فمالكه
لان الخيار انشاء اخذه بالثمن الذي اشتراه انشاء تركه لانه يتضرر بالاخذ مجانا الا ترى انه قد فهم العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه
بعرض يأخذه بقيمة العرض لو وهو المسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه
قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد كذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا اذا كان مشتريا بمثله قدرا ووصفا

السهام فلا شيء له وروي عنه ايضا من ابي عبيدة مثل ذلك روي باسناده ابي سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروي ايضا باسناده الى قتادة
عن خلاس ان عليا بن ابي طالب قال من اشترى ما احرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي اصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين
تضعيف بالارسال والتكلم في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب وبعد انه
وقع غلط للكل في ذلك توافقوا في هذا الغلط بل لا شك ان الراوي الضعيف اذا اكثر مجيء معنى ما رواه يكون مما اجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط
دائما ان يكون اكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتقاده بما ذكرنا من الاية والحديث من الصحيح وحديث الغنائم كان قبل احرازهم بدار الحرب الا ترى
الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفهم انها فعلت ذلك وهم في الطريق واما المعنى فما اشار اليه المص بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعني الاستيلاء
الكائن بعد الاحراز في حالة البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على اموالهم فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا اي كونه مباحا
اذ ذاك لان العصمة تثبت على منافاة الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا منه فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما ثبتت ضرورة
تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز يكون تاما وهو الاقتدار
على الحمل حالا ومآلا بالادخار الى وقت حاجته بخلاف اهل البغي اذ احرزنا اموالهم لا نزول ملكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة
من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم اجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك في المحظور لنفسه اما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه صلح سببا
لكرامة تفوق الملك هو الثواب كما في الصلوة في الارض المغصوبة فما ظنك بالملك الدنيوي والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانا بنينا
ما لا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز يزيل الملك على ما ذكرنا في الباغي واورد عليه ان العصمة اذا زالت بالاحراز بدارهم لا يكون
الاستيلاء محظورا يحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم يصر ملكا لهم واجيب بان العصمة المؤقتة باقية لانها بالاسلام والمتقومة زالت لانها بالدار وقد يقال
ان كان الملك زال بزوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم الوجه لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك
لان الاستيلاء ان اريد به ابتداء الاخذ او ادخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام
ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف هكذا اورد في الاصول على كون الغصب مفيد الملك لك اجيب بان المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام
بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا للملك ولا الادخال الى دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة
لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن في البقاء على ذلك المال المباح سبب ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته بسببه
حتى ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع ان سبب الملك هنا محظور لنفسه او غيره بل هو امر مباح
والسبب البعيد لا يؤثر في المسبب الا آخر لانه مسبب في غيره على ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة
اصلا وقول بعضهم في التقرير لانه اي الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعد ما ارتفعت العصمة فورد على مباح لمال
المسلم ثمه اذا لم يهاجر الينا يقتضي ان ماله مباح صح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير الغارة على الخلاف المتقدم وسببه انه ليس في يده
بل يكفي المنع بان يقال لا نسلم انه محظور لعينه ورد على مال مباح الخ **قوله** فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء فان وجدوها
بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله عليه الصلوة والسلام فيه ان وجده الخ وتقدم الكلام في الحديث ونظائره فان قيل اخذه قبل القسمة اذا كان حكما

قال فان اسر اعبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان لمولى يأخذه بالثمن الذى اخذ به من العدو اما الاخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح فلو اخذه بمثله هو لا يفيد ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب اما ههنا الملك صحيح فافترقا وان اسر اعبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاشتراه ثانية واد خلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول ان يأخذه من الثانى بالثمن لان الاسر ورد على ملكه وللمشترى الاول ان يأخذ من الثانى بالثمن لان الاسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالفين ان شاء لانه قام عليه بالثمن فيأخذه بهما وكذا اذا كان المأسور منه الثانى غائبا ليس للاول ان يأخذه اعتبارا بحال حضرته

لازما يقتضى قيام ملكه اجيب بالمنع فان الواهب له ان يأخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك والمشترى فى الاخذ ولا ملك له حاصله ان فى الشرع صور التقدم فيها غير المالك على المالك كما ارينا ك فلان يتقدم غير المالك اولى وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد فى المغنوم قبل القسمة فجبر منزلة القوى بضرر يصير فان الشركة اولى فى الحق دون الملك وثانيا هى شركة عامة فيجعف ضرر كل واحد خفته كثيرة وهو توجه الشفيع شبيهة اخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه فى اثبات ملك منتقض بازالة ملك موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار والخلطة مع دفع ضرر اتلاف مال الآخر وشبه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك ثابت بعوض بقدره وهى المسئلة التى ذكرناها وهذا لان الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازى فى مقابلة غنائم حصل له لا بمقابلة مال بذله الا ببذله ليعتدل النظر ويخف الضرر عن الجانبين فلان لا يزيله منع ملك حصل بعوض باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين اولى ولان التاجر اشتراه بعوض ياخذه بقيمة العوض ثم اولو ترك اخذه بعد العلم بشرائه اخرجه من دار الحرب زمانا طويلا لان يأخذه بعده فى ظاهر الرواية وفى رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة والظاهر هو الاول ولو وهبه لمسلم اخذه مالكه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فى مقابلة ما كالمال او اقل من المائة اذا كانت اذ المال ثابت معنى لان المكافاة مطلوبة والظاهر ابقاءها فلا يزال الا بالقيمة وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما اخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون ياخذه المسلم قبل القسمة بغير شئ ولا ياخذه بعدها لانه لا فائدة فيه لان اخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان المثلى موهوبا من الكافر للمخرج له ليس فيه الا المثل وهو انه غير مفيد لما قلنا وكذا اذا كان الذى اخذه من الكفار مشترى بمثله قدرا ووصفا ليس لصاحبه القديم ان ياخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشترى باقل قدرا منه او بجنسه لكن ادون منه او احسن فان له ان ياخذه بمثل ما اعطى المشترى منه فرع اختلف المولى والمشترى منهم فى قدر الثمن القول قول المشترى مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بالقرار به كالمشترى مع الشفيع اذا اختلفا فى الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه باقل فيثبت ذلك **قوله** فان اسر عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذى اخذ به من العدو ولا ياخذ الارش لان ملكه فيه صحيح لانه اخذه بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشترى شراء فاسدا على ما سنذكر فلو اخذه اى الارش اخذه بمثله دراهم او دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو اخذه بزيادة او نقصان ولو كانت امة فباعها الغانم بالف فولدت فى يد المشترى وماتت فاراد المالك اخذ الولد فعند ابى يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته منها ولا يحط شئ من الثمن بالنقص من عينه لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن والعين كالوصف لانها تحصل بها وصف الابصار وقد فات فى ملك صحيح فلا يقابلها شئ من الثمن فلا يسقط بفواتها شئ منه وانما لم يقابل شئ من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شئ من الثمن ولهذا لو ظهر فى المبيع وصف مرغوب فيه وقد تلقياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئا بمقابلته ولو اشترى عبدا قد نهبت يده او عينه قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن والعقر كالارش واستشكل بان الوصف انما يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول اما اذا صار فلا حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا فقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت فى يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا فى الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كان جعب شجر البستان ونحوه لا يقابله شئ من الثمن وبهذا اورد على اطلاقه قوله بخلاف الشفعة لان فوات القصدى انما فى غيره فالشفعة والمسئلة التى نحن فيها سواء وجيب بان الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول فى الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لانها مبنية على الامانة والشبهة كالحقيقة فيها والملك فى الشفعة للمشترى كالفاسد

ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لان السبب انما يفيد الملك في محله
والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم
وجعلهم ارقاء ولا جناية من هؤلاء واذا ابق عبد مسلم لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة رح وقالا يملكونه لان
العصمة لحق الملك لقيام يدنا وقد زالت لهذا الوجه ومن دار الاسلام ملكوه له انه ظهرت يدنا على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتبارها
لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى وظهرت يده على نفسه صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد بين
يد المولى باقية لقيام يد اهل الدار فصح ظهور يدنا واذا لم يثبت الملك لهم عند ابي حنيفة رح يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا
كان او مشتريا او مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدي عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم

من حيث وجوب تحويله اليه اما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تضمن فيه اي في البيع
الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل على تقوم الصفات هو الغصب وانما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك مبالغة في
دفع الظلم والبيع الفاسد دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير ان الشرع اهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما بدله الى الآخر
وفي الكافي قولان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء اخذه بالثمن
وهو اسم للكل فلا يحط عنه بدا ولو انه فقئ عيناه عند الغازي المقسوم له فاخذ قيمته وسلمه للفاقئ فللمالك الاول اخذه من الفاقئ بقيمته اعمى عند
ابي حنيفة وقالا بقيمته سليما وهي التي اعطاها الفاقئ للمولى لهما انه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه ولابي حنيفة انه طرف وهو مقصود فهو كفوات الاصل
فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا ينتقض بمسيلة الهداية بل الوجه ان الفرق ان فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بنقصه
بخلاف مسألة الكتاب لان الفاقئ غيره بغير رضاه قوله اسروا جارية واحرزوها ثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم غانم فباعها بالف فولدت في يد المشتري
فماتت فاراد المالك القديم اخذ الولد فعند ابي يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض
وقيمة الولد يوم الاخذ فما اصاب كلا فهو حصته قوله وان اسروا الكفار عبد المسلم فاشتراه رجل منهم بالف فاشتروه ثانيا او دخلوا دار الحرب فاشتراه
رجل آخر بالف فليس للمولى الاول وهو المأسور منه اولا ان يأخذه من الثاني وكذا لو كان الثاني غائبا كما سيذكر لان الاسر ما ورد على ملكه
بل على الثاني فانما ثبت حق اخذه للمشتري الاول حتى لو ابى ان يأخذه لم يلزم المشتري الثاني اعطاه للمولى الاول ولو كان المشتري الاول
وهبه له اخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا اخذه المشتري الاول من المشتري الثاني بالف فاراد
المولى الاول ان يأخذه من المشتري الاول اخذه بالفين لانه قام عليه بذلك وهو ان تضرر بذلك ففي مقابلة العبد الذي عوضه بخلاف
ما لو اخذه بالف فانه يفوت الالف الآخرى على المشتري الاول بلا عوض اصلا فرع لو باع المشتري من العدو العبد من غيره اخذه المالك
القديم من الثاني بالثمن الذي اشتراه به ان مثليا فبمثله او قيميا بان كان اشتراه متقابضة فبقيمته لان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول
وليس للقديم ان ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الاول بالثمن الاول الا في رواية ابن سماعة عن محمد فظاهر الرواية الاول فالوجه
في المبسوط وفيه ان الكفار لو اسلموا قبل ان يبيعه لم يكن للقديم ان يأخذه قوله ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة الكائنة بالاحراز بدارهم
مدبرينا ولا امهات اولادنا ولا مكاتبينا ولا احرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب هو الاستيلاء التام انما يفيد الحكم وهو الملك لما يرد
عليه في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه ممن ذكرنا من تدبيرنا ومن بعدهم لا تثبت الحرية فيهم من وجه
الاسلام بخلاف رقابهم لان الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم بالكفر ولا جناية من هؤلاء وتفرع على عدم ملكهم هؤلاء انهم لو اسروا ام ولد
لمسلم او مكاتبا او مدبرا ثم ظهر على دارهم اخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض الامام من وقع في قسمته من بيت المال قيمته ولو اشتروا تاجرا لكن
منهم اخذه منه بغير ثمن ولا عوض قوله فان ابق عبد لمسلم او ذمي وهو مسلم ودخل عليهم دار الحرب فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه
وبه قال مالك واحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا السقوط عصمته لا ينافي حق المالك قد زالت
وصار كما لو نفرت اليهم دابة اي شردت من باب ضرب لان مصدره جاء نفورا كما جاء على هذا القياس وكما لو اخذوا العبد الآبق او غير الآبق

وليس له على المالك وجعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه وان ندّ بعيرٌ اليهم فاخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء اذ لا بد للمسماء لتقرر عند
الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وان اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء ما بينا فان ابق عبدٌ اليهم وذهب معه
بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله واخرجه الى دار الاسلام فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة
وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى عبدا مسلما
وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا
ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلث حيض مقام التفريق فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب

من دارنا اذا احرزوه حيث يملكونه فكذا هذا ولابي حنيفة ان العبد ظهرت يده على نفسه وهذا لانه آدمي مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره
من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى
بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه سابقة على يد اهل الحرب لان اخذهم اياه لا بد ان يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يده صار معصوما
بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الآبق المتردد في دارنا اذا اخذوه لان يد المولى قائمة عليه ما دام في دار الاسلام حكما لقيام يد اهل الدار فيمكنه الاستعانة
على وجوده والاقتدار باق فمنع ظهور يده على نفسه ولا لذلك المأذون في الدخول بلا اذنه وهو على عدم العود اليه وبخلاف الدابة التي ندت فانه
لا يد لها على نفسها والضمير في قول المص لان سقوط اعتباره للبيد وكان الواجب ان يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور اي سقوط اعتبار
يده ولو كان العبد كافرا فان كان مرتدا ملكوه وان كان كافرا فهو ذمي تبعا لمولاه واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذه المالك القديم بغير شيء سواء كان موهوبا منهم الذي
اخرجه الى دار الاسلام او مشترى منهم او مغنوما قبل القسمة وبعدها الا انه اذا اخذه بعد القسمة يؤدي الامام عوضه من بيت المال للمأخوذ منه لانه لا يمكن اعادة
القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم ولتفرق المال في ايديهم وايدي غيرهم يتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا
من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شيء بتعذر قسمته كلولوة توضع في بيت المال فاذا الحق غرامة كان فيه ولا يعطى المشتري شيئا اذا كان اشتراه بغير اذن
المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن في المشتري وبالقيمة في الموهوب كما في المأمور غير الآبق وانما قيدنا اول المسألة بكون
العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فاخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمي تبعا لمولاه وفي العبد اذا ابق قولان ذكر في طريقة مجد الائمة قوله
وليس له اي الغازي او التاجر جعل الآبق لاستحقاقه اذا اخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه قوله وان ندّ بعيرٌ اليهم فاخذوه ملكوه وجه فيتفرع على
حكمهم اياه انه لو اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فانهما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء قوله فان ابق عبدٌ اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك
كله فاشترى رجل ذلك كله فان المولى يأخذ العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن عند ابي حنيفة وعندهما يأخذ العبد ايضا بالثمن ان شاء وهذه متفرعة على ملكهم العبد
الآبق اليهم عندهما دونه واورد عليه ينبغي ان يأخذ الكل بلا شيء لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهر على ما في يده لانه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت
ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها اجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى في يده كما كان مملوكا للغانمين فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان
الفرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والا ملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد
فيمنع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم واجيب ايضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه
دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي ان يمنع استيلاء الكفار قوله واذا دخل
الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة حال كونه في دار الاسلام بطريق معين
وهو البيع فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه اليه وقد تعذر الجبر عليه فبقي عبدا في يده و
لان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا اخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال ان يزول ملكه الثابت له قبل
الاحراز حالة الاحراز ولابي حنيفة ان الجبر على البيع في دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن ذل الكفر فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب
الجبر على البيع ليتوصل اليه غير انه تعين اخراجه بعوض لتعين سبيله طريقا حال قيام امانه تحرزا عن الغدر باخذ ماله ولولاه لاعتقناه عليه فاذا ازال امانه وسقطت

واذا اسلم عبد حربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا اخرج عبيده هو الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من عبيد الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمواليه وبالتحاقه بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتباره اولى من اعتبار يد المسلمين لانها اسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فكان اولى

عصمته بالله بوجوده في دار الحرب يجب التخليص بالاعتاق عليه غير ان اعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من هذا كذا فيقيم شرط زوال عصمته مالا وهو دخوله في دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضي كما اقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي بعد عرض الاسلام على الآخر وابائه فيما اذا اسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه في دار الاسلام لان للمولى حق استرداده فلو اعتقناه على الحربي حين احرزه ابطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه جبرا لنكان ذلك مانعا للمقتضي عن عمله وقول المص فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب ليس بحيد لانه اسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا اسلم عبد الحربي ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم او ذمي او حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم اذ زال قهره الى المشتري فصار كما لو كان في يده وله ان قهره زال حقيقة بالبيع ولان اسلامه يوجب ازالة قهره الا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ماله اثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع قوله واذا اسلم عبد الحربي ثم خرج الينا او اسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا اخرج عبيده الى عسكر المسلمين مسلمين ولم يعلم فيه خلاف بين اهل العلم لما روى ابو داود مسندا الى علي رض قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم فتغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال لهم هم عتقاء الله وفيه احاديث قدمناها ومنها اسلام عبيد الطائف ومنهم ابو بكرة والمشعب مقدم في كتاب العتق فليرجع اليها فهذا دليل عتقهم اذا خرجوا مسلمين واما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كانه خرج اليهم في انه امتنع بهم وقوله واعتباره الخ جواب عن مقدر هو انه لم يعتق بمجرد اسلامه في دار الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرض للبيع فباعه فقد وردت بالغائه على مال مباح لان الاسلام لا ينافي استرقاقهم اجاب بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم يظهر الحق المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هي اسبق من يد المسلمين اما في المولى الكافر فيستحق الحكم بعتق تخليصا للمسلم من اذلال الكافر لان مجرد اصل اليد لا يكفي ما لم يتاكد اذ لا قدرة بدونه وكانت منعة الغانمين هي المؤكدة لها فيعتق هذا ولو اسلم العبد ولم يخرج الينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى ان يشتريه مسلم او ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت ولاء اي ولا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم او كافر فح يعتق العبد قبل المشتري العبد او لم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد المراغمة يحترز به عما لو خرج باذن مولاه او بامره لحاجته فانه اذا خرج كذلك فاسلم في دارنا حكم ان يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لانه لما دخل بامان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به وبامعه من المال فهو فيء ولو جنى عبد جناية خطأ او افسد متاعا فلزمه دينه ثم اسره العدو ثم اسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام من اسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق ولي الجناية في الرقبة ولا يبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية واما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل واصابه المسلمون في الغنيمة فاخذه المولى تحل من الجناية والدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو اعتقه او باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل لو اشتراه فاعتقه قبل ان يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت امة فتزوجها فولدت من الزوج بلا عتق للقديم ان يأخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه ضمن لهم بالاستيمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدروا بهم ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا فان غدروا بهم اغنى التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا خبيثا لو ورده لا استيلاء على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بينا

بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين الا ترى انه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وان كان جزءا ففي المال هو محل آخر بخلاف حق المولى قوي لا يبطل ببيعه وهبته فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ بلا فسخ النكاح الزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما اخذ من عقرها وارش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري فله وطيها قبل ان يأخذها المولى وثبوت حق اخذه لا يمنع وطي المالك ولو اسر واجارية مرهونة بالف وهي قيمتها واشتراها رجل بالف اخذها مولاها الراهن بها ولم يبق رهنا لانها نامية في حق المرتهن فهو كالمجدد للملك ولا يأخذها المرتهن الا ان يرد على الراهن الالف وان كان الثمن اقل من الالف كان للمرتهن ان يؤدي ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لانه مفيد ولو اسلم على ما اخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربي آخر ولو خرج الينا بامان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا انه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من اعادته الى دار الحرب واذا لا له ولو اسر واجارية وديعة عند رجل او عارية او اجارة فحق الاخذ اذا اخرجت بشراء او غنيمة لمالكها لان ثبوت حق الاسترداد للملك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد منه لان كلا منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب وان كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها توجب ان يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسألة في دار الاسلام حكما وان كانت في دار الحرب حقيقة

باب المستأمن

آخره من الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستيمان بعد القهر فاورده كذلك وتقديم استيمان المسلم على الكافر ظاهر

قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه بالاستيمان ضمن لهم ان لا يتعرض لهم فاخلافه غدر والغدر حرام بالاجماع وفي سنن ابي داود عنه عليه الصلوة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلوة والسلام لامراء الجيش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا وفي وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من اهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا ان نشتري من الطائفة الغالبة شيئا من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فالقول لشرط ان يجوزها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون ان من قهر آخر في نفسه او ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بامان فجاء رجل بامه او ابنه او ام ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون ان كانوا يدينون ان من قهر آخر ملكه فهو اذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون احرارا فيمتنع بيعهم ولو جاء بعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون ان من قهر شخصا ملك جاز شراؤه منه والا لا مع ان هذا ليس فيه احراز بدار الاخرى غير دار المقهور وقوله الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم الخ استثناء من قوله لا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم ايضا وقد صرح به حيث قال فيباح له التعرض وان اطلقوه وتركوه في دارهم طوعا او اعتقوه لانه لم يستأمن وعتقهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله ان يقتل من قدر عليه سيده او غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا خبيثا فيه فان غدر بهم التاجر فاخذ شيئا واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح عند عدم الاحراز الا انه بسبب محرم فاورثه خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما يملك مع حرمته مباشرة بسبب الملك

واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فاذا انه حربي او اذان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستامن الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الاذانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الاذانة اصلا ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بينا وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض في الغصب اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين او لم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد ومراد الفتوى به فلانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد

لان الضرر لغيره ولا يمنع انعقاد سبب الملك كما في البيع الفاسد وقوله على ما بيناه يريد ما تقدم من قول المحظور لغيره واذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق المحرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطيها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطيها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وبيع المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهية للغدر والمشتري الثاني كالاول فيه اما لو سبا قوم اهل الدار التي هو فيها جاز له ان يشتريهم من السابي لانهم ملكوها بالاحراز وبها كانوا على اصل الاباحة في حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا **فرع نفيس في المبسوط** لو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الدار التي فيهم المسلم المستامن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا ان خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل الا لذلك او لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الا علاء للكفر ولو اغار اهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستامنون على طائفة من المسلمين فاسروا ذراريهم فمروا بهم على اولئك المستامنين وجب عليهم ان ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في ايديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم ان لا يتعرضوا لاموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لانهم مسلمون **ومن فر وعه** لو تزوج في دار الحرب منهم ثم اخرجها الى دار الاسلام قهرا فيفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها وعلم انهم اخذوا في تصويرها ما اذا اضمر في نفسه انه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو اخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده ان له ان يذهب بزوجته حيث شاء واذا اوفاها معجل مهرها ينبغي ان لا يملكها قوله فان دخل المسلم دار الحرب بامان فاذا انه حربي او اذان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه مالا ثم خرج المسلم الينا واستامن الحربي فخرج ايضا مستامنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الاذانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الاذانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم احكام الاسلام فيما مضى من افعاله وانما التزم في المستقبل ولكن يفتى بانه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال ابو يوسف رح يقضي على المسلم عدم القضاء كما في الهداية قول ابي حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بان المسلم ملتزم احكام الاسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون ابي حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو ايضا مما يحتاج الى موجب واجاب في الكافي بان ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس في ان يبطل حق احدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك في الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والاذانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين واما انه لا يقضي بالغصب لكل منهما فلانه صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار الحرب او مسلما مستامنا على ما بينا اي في باب استيلاء الكفار من الاستيلاء ورد على مال مباح لان الغرض ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام وفي غصب المسلم اذا دخل واحد او اثنان منهم دار الحرب الخ الا ان المسلم المستامن الغاصب لمال الحربي يؤمر بالرد افتاء لا قضاء ليرتفع معصية الغدر وفي كلام المص اشارة اليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلى ذلك اي اذان احدهما صاحبه او غصبه ثم خرجا الينا مستامنين لما قلنا فان خرجا مسلمين وقد اذان احدهما الآخر او غصبه يقضي بالدين بينهما خاصة دون الغصب اما القضاء بالمداينة اي بالدين فلانها حين وقعت وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما باحكام الاسلام ولا ترجيح لاحدهما على

وكذا إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الأمر بالرد فمراده الفتوى به لأنه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة في الخطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رح وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولأبي حنيفة رح أن بالأسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة في العمد عندنا

الآخر إذا لم يقض لأحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما على قول أبي يوسف رح لا يحتاج إلى هذه المساواة إذ يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا وأما الغصب فإنما لا يقضي به لإتلافه فيما ملكه ولا خبث في مال الحربي ليؤمر بالرد وفيه إشارة إلى ما قدمنا ذكره قوله وإذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين إلى آخره عرف أحكامها مما تقدم قوله وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية في ماله ولا كفارة عليه وعلى القاتل خطأ الدية في ماله أيضا وعليه الكفارة كذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضيخان في الجامع الصغير أن هذا قول أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح ومحمد رح عليه القصاص في العمد كقول الشافعي رح ومالك وأحمد لأنه قتل شخصا معصوما بالإسلام عدوانا وذلك موجب القصاص وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولأبي حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه ولو كثره من كل وجه بأن كان متوطنا هناك لا يكون معصوما فإذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص وذكر شمس الأئمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الإملاء لأن المسلم حيث كان هو من أهل دار الإسلام لا ينتقض إحرازه نفسه بذلك والقصاص حق للولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة إلى ولاية الإمام ووجه الظاهر يندرج فيما سنذكر قال المصنف أما الكفارة يعني في الخطأ فلإطلاق الكتاب يعني قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة ووجوب الدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول إلى دار الحرب بالأمان وإنما لا يجب القصاص في العمد لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بالمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلا فائدة في الوجوب وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه لسقوطه بعارض مقارن للقتل بعقاب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الإمام إقامته إذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل إذا قدر عليه لأن القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لأن كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب إذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع إلى قاض يطالبه بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فإن ولايته منعدمة عند السبب وعليه أن يقضي بالثمن عند المرافعة لأن العصمة المؤثمة بالإسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاؤه إلا بإمام منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن إقامته ينفرد بها الولي فمنعه منه خلاف الدليل فالأقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه إذ يمنع كون ذلك الشبهة توجب السقوط أو أن دار الحرب دار إباحة فالكون فيها شبهة دارئة وقد يقال إن قلتم دار إباحة للقتل مطلقا فممنوع أو قتل الكافر فيه ولا يفيد ويجاب بأن كونها دار إباحة في الجملة كاف ألا ترى أن من قتل رجلا قال له اقتلني لا قصاص عليه مع أن إباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل إباحته من جهته وقد جعل ذلك مانعا إلا أن نمنع عدم القصاص في قوله اقتلني فإن قيل ما ذكرتم يخالف لإطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فإنه قتل وليس يجب به قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضا قال وإنما تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ إنما يجب أيضا في ماله لأن وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه في ذلك ولا تقصير منهم في ذلك إذا كان في دار الحرب قوله وإن كانا أي المسلمان أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل من أحكام الدنيا إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة رح وإنما عليه عقاب الآخرة في العمد وقالا في الأسيرين الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بالاستئمان على ما بيناه يعني من قوله لأن العصمة الثابتة بالإحراز بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان فكان الأسيران كالمستأمنين وأما امتناع القصاص

فصل قال: اذا دخل الحربي الينا مستأمناً لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عيناً لهم وعوناً علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب سد باب التجارة فصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فيكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام بعد تقدم الامام اليه صار ملتزماً للجزية فيصير ذمياً ولكن الامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذمياً ما قلنا انه لا يترك ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف ان فيه قطع الجزية وجعل ولده حرباً علينا وفيه مضرة بالمسلمين

فلزوم المتعة كما ذكرنا وتجب الدية في ماله لما قلنا ان العواقل لا يعقل العمد هذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمدان يقولا به في الاسيرين لان الوجه يعمهما ولابي حنيفة وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين ان بالاسر صار تبعاً لهم بصيرورته مقهوراً في ايديهم حتى يصير مقيماً باقامتهم ومسافراً بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلاً لان الاصل غير معصوم فكذا تبعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا في سقوط عصمته الدينوية بجامع كون كل منهما مقهوراً في ايديهم وانما خص الكفارة بالخطاء لانه لا كفارة في العمد عندنا كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب ان يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

فصل قوله واذا دخل الحربي الينا مستأمناً لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ثم يرجع بل يقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية واصل هذا ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او الجزية لانه يصير عيناً لهم اي جاسوساً وعوناً علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وهو ما يجلب من حيوان وغيره ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان اقامها بعد تقدم الامام اليه اي قوله له ما يعتمد في ضرب الجزية عليه صار ذمياً فلا يمكن بعدها من العود الى داره لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصييره وولده حرباً علينا وفيه مضرة بالمسلمين ولا يأخذ منه جزية للسنة التي اقامها الا ان قال له ان اقمتها اخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط التقدم الامام اليه في منعه من العود اذا اقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو اقام سنين من غير ان يتقدم اليه الامام فله الرجوع قائله صاحب الدراية وعبارة صاحب المبسوط من غير اختصار على ما فيه وينبغي للامام ان يتقدم اليه فيأمره بالخروج الى داره على سبيل الاعذار والانذار وفي التقدم اليه ان يعين مدة فقال ان خرجت الى وقت كذا والا جعلتك ذمياً فان خرج تركه ليذهب وان لم يخرج لم يمكنه من الخروج بعد ذلك وجعله ذمياً وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول فبعد الحول لا يمكنه من الخروج فتعقبه الشيخ المحقق الشارح بان ذلك ليس بلازم للفظه لان المنطوق دلالته على ذلك انما هو قوله وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول والاخذ ان ليس المراد به عدم التقدير اصلاً لا بمدة معينة ولا مبهمة ولفظ المبسوط يدل على ان تقدم الامام ليس شرطاً لصيرورته ذمياً فانه ان يتقدم اليه فيأمره الى ان قال وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لانه يصدق بقوله ان اقمت طويلاً منعتك من سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم خيراته لم يوقت له مدة خاصة والوجه ان لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا ان يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين يلحقه عسر بتقصير المدة جداً خصوصاً اذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة فروع لو مات المستأمن في دار الاسلام عن ورثة في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فله ان يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فان اقاموا بينة من اهل الذمة قبلت استحساناً لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان انسابهم في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثاً غيرهم دفع اليهم المال واخذ منهم كفيلاً لا يظهر في المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول ابي حنيفة كما في المسلمين وقيل بل قولهم جميعاً ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل الذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوساً ورمحاً لا يمكن منه فلو اشترى سيفاً احسن منه كان مثل الاول ودوه كبيره من وجد في دارنا بلا امان فهو ما معه فيء فان قال دخلت بامان لم يصدق واخذ ولو قال انا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة يعرف ذلك كان امناً فان الرسول لا يحتاج الى امان خاص بل يكون رسولاً من ان لم يعرف فهو فيء ويكون هو وما معه فيئاً واذا دخل دار الاسلام بلا امان فاخذوا احد من المسلمين لا يختص به عند ابي حنيفة بل يكون

ولو دخل حربي دارنا بامان فاشترى ارضا خراجا فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام في دارنا
بامان بشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا التزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج لتعذر الدفع
من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع فيخرج عليه احكام جملة فلا يغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت
ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام
ولو ان مرتدا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعته عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود لانها بطل امانه وما في دار الاسلام
من ماله عليه خراج فان اسلم او ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه واما الدين
فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه اسبق اليه من يد العامة فيختص به وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك اذا
مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه وعلى ورثته من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال
يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيه الخمس اعتبارا
بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا عمر وسعاذ رضي الله عنهم ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف
الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد هو ما ذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس

فيئا لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن ابي يوسف وظاهر قول ابي يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند ابي حنيفة يؤخذ ويكون
فيئا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج قوله فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارضا خراجا فاذا وضع
عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشرية فانها تستمر عشرية على قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول ابي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه
جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت احكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم
وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا اتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما
يفعله السفهاء من ضغه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة التي تنبه عليها المص والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه له
واخذه منه عند حلول وقته ومنذ باشر السبب وهو زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زراعتها والاجارة وهي في ملك غيره
اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي استاجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا
اذا حل وقت الاخذ بعدم الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه العشر على قول محمد ولا يكون بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض
الخراج ونحوه لان الامام قط لا يقول في كل قطعة ارض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الاراضي المعلومة استمر على كل من صارت
اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز انه اشتراها للتجارة ولا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال
باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها او زراعتها قوله واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية ففي تزوجها
مسلما اولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الائمة الثلاثة في الحربية ايضا قياسا على الرجل ونحن بينا الفرق
بان تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين اقدمت عليه كانت ملتزمة ما يأتي منه ومنه عدم الطلاق
ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على ارضها ونحو ذلك قوله ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك

ودخل

وديعة عند مسلم او ذميا او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله له ما دام حيا وان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير
ان يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام مشمول بامانا ما دام في دارنا وبه قال الشافعي واحمد فان قيل ينبغي ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربي
في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دارهم يكون فيئا لا تكون بدليل المودع كيده في دار الاسلام اجيب بالفرق بان ما في دار الحرب
معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير مغنوما بالشك بخلاف ما في دار الاسلام يثبت في كل وجه فينبغي ان يثبت
المزيل وهو ان يصير نفسه مغنوما وذلك بان يؤسر او يظهر على داره فيقتل فح تصير الوديعة فيئا لعامة المسلمين توضع في بيت المال لانها في يده
تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ما له من الوديعة في دار الحرب عند المسلم لانها ليست في يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انها يختص بها المودع لما ذكره المص في الدين واما الدين فيسقط عمن في ذمته لان ثبوت يده عليه يقف اذ قد صار ملكا للمديون وانما هي ثابتة باعتبار
ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنائه فيسقط الدين واذا حققت هذا ظهر لك ان اختصاص المديون به ضروري غير محتاج الى تعليله بان سبقت يده
اليه قوله وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال اي ما عملوا خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال
وجف البعير يجف وجيفا واوجفته اذا حملته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وكذا الجزية في عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام

[illegible] دخل حربي دار [illegible] وله [illegible] في دار الحرب ولد صغار وكبار ومال اودع بعضه [illegible] مسلما فاسلم معهما ظهر على الدار فذلك كله فيء [illegible] وولده الكبار فقط [illegible] حربيون كبار وليسوا بتبع [illegible] ذلك [illegible] اموالهم لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم دخلها [illegible] على [illegible] الصغار [illegible] مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال او ودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة [illegible] كيده [illegible] ذلك في اما [illegible] الكبار فلما قلنا واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم [illegible] وله ورثة مسلمون هنالك فلا شيء عليه الا الكفارة في المنتقى وقال الشافعي رحمه تجب الدية في الخطاء والقصاص في العمد لان [illegible] الحرم العاصمة وهو الاسلام لكونه مستحقا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها المؤثرة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة [illegible] المتقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فيتعلق بما علق به الاصل قلنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن [illegible] جعل الضرر كل الموجب نجوما الى حرف الغاية اذ لولا كونه كل المذكور فيستغني عنه ولان العصمة المؤثرة بالادمية لان الادمي خلق متمولا [illegible] القيام بها لحرمة التعرض والاموال تابعة لها اما المتقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤخذ بجبر الفائت وذلك في الاموال دون النفوس [illegible] المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المتقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك في النفوس لان الشرع اسقط اعتبار صفة الكفر لما انه اوجب ابطال الهاء المرتد والمستأمن في دارنا من اهل دارهم كما لقصدهما الانتقال اليها

التي لا ملك لاحد فيها كالجبال والفلوات ودجلة والى ارزاق القضاة والمحتسبين والمسلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا تختص به ولا شيء منه احد قالوا وهو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية والخمس في ذلك وقال الشافعي رحمه الله فيها وفي بعض النسخ فيها اي الارض والجزية والخراج الذي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال اجلا السلطان القوم وجلاهم تعدى بلا همزة اي اخرجهم فجلوا اي خرجوا واجلا القوم ايضا خرجوا فكل من ذي العدة وجاء بها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعي ان كل مال اخذ من الكفار بلا قتال عن خوف او اخذ منهم للكف عنهم يخمس وما اخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي الجديد يخمس ولاحمد في الفيء روايتان الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف الى ما يصرف اليه خمس الغنيمة عنده على ما مر وذكر ان قوله في الجزية خلاف الاجماع قال الكرخي ما قال به احد قبله ولا في عصره وجه قوله الباس على الغنيمة تمامه انه قال ماخوذ من الكبار عن قوة من المسلمين واستدل المص بعمله عليه الصلوة والسلام فانه اخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على اهل اليمن على كل عالم دينارا ولم ينقل قط من ذلك انه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان النقلة ولو بطريق ضعيف على ما قضت به العادة مخالفة ما قضت به العادة باطل فوق قوة باطل قد وقع خلافه وان كان فيه ضعف اخرجه ابو داود عن ابن تعدي بن عدي الكندي ان عمر بن عبد العزيز كتب الى من سأله عن مواضع الفيء بانه ما حكم به عمر بن الخطاب فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاحكام وعقد لاهل الاديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم واما ما في السنن عن عمر رضي الله عنه كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على اهله قوت سنة فما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله ومعناه ان التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا فان مصالح بيت المال اذ ذاك لم يكن اكثر من نفقة الائمة والات الجهاد من الكراع والسلاح وهو نفقته عليه الصلوة والسلام اذا لم يكن اذ ذاك قضاة ولا جسورا ولا قناطر واما نفقة الفقراء المهاجرين فحين نقطع بانه كان يفعل ما تحققت له القدرة عليه واما القياس ففي تقرير المص انه وهو قول ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك لكل من يباشر لغانمين وقع بقتلهم فاستحق الخمس بمعنى [illegible] وهو ما ذكرنا من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن الا بعاضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة قوله واذا دخل الحربي [illegible] في دار الحرب [illegible] ولد صغار وكبار ومال اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا اي في دار الاسلام ثم ظهر على الدار المنقول على دارهم [illegible] الاولاد الكبار فانهم حربيون وليسوا بتبع الذي خرج لانهم كبار وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا يكون فيئا موقوفا لما قلنا في باب قسمة الغنائم من [illegible] اما الاولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا باسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك فكذا [illegible] الصغير محرزة باحرازه نفسه بالاسلام باختلاف الدارين فبقي الكل فيئا فاما اذا اسلم في دار الحرب ثم جاء الينا فظهر على الدار وباقي الصورة [illegible] الصغار احراز مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم ولو كان في بلدة اخرى غير البلدة التي هم فيها اذ الدار واحدة وما كان له من مال اودعه مسلما او ذميا فهو سالم له لانه في يد محترمة وبيده كيده لانه نائب عنه في الحفظ بخلاف ما لو كان في يدها غصبا وانه يكون فيئا لعدم النيابة وعند ابي يوسف ومحمد يجب ان لا يكون فيئا الا ما كان من غصب عند حربي وهو قول الائمة الثلاثة وتقدمت المسألتان مع اخريين في باب الغنائم مستوفى قوله واذا دخل الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ فلا دية مسلمون صالحون لاستيفاء القصاص والدية فلا شيء على القاتل للا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطاء والقصاص في العمد وهو قول مالك واحمد لانه اراق دما معصوما بالاسلام يكون الاسلام مستحقا للكرامة وهذا

القياس على الغنيمة [illegible] الاموال ماخوذ من الكفار

ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة خطأ فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد وهو القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال فليس له ان يعفو لان الحق للعامة ولا بينة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

وان العصمة اصلها العصمة المؤثمة لحصول الزجر بها اي بالعصمة ولو قال به اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة كمال فيه اي في اصل العصمة كمال الانتفاع به اي بالتقوم على المنتهك لها فتعلق هذه العصمة بما علق به الاصل اعني المؤثمة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم فتنصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه في القتل الخطأ ولم يستدل على منع القصاص في العمد اكتفاء بما ذكره في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى افاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف انه تمام الموجب فانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا لموجبه بل لبعض موجبه وزاد المص وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقربان الفاء للجزاء والجزاء هو الكافي لقال جزاؤه اي كفاؤه وهو سهو لان لفظ الجزاء المحمول معنى الفاء لفظ اصطلاحي اي جعلي لان اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذي هو معنى الفاء والكافي بل المراد يقول النحاة الفاء للجزاء اي دالة على ان ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي السبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتامل ولان العصمة المؤثمة في الاصل بالآدمية لا لوصف الاسلام لانه خلق محتملا اعباء التكليف والقيام بها لا يمكن الا مع حرمة التعرض له وانما زالت تعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس لان التقوم يؤذن بجبر الغائب ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس وكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة في الاموال في الاموال بالاحراز بالدار لان العبرة بالمتعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار متعة الكفر فاوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكر لزم في المرتد والمستأمن اذا قتل في دار الحرب ان يجب الدية اجاب بانهما من اهل الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء واما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا مني دماءهم فمقول لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا فقد قال عليه الصلوة والسلام الاسلام يجب ما قبله ومن حقه ان يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو والا ان هذا لا ينتقض في الاسير المسلم قوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل دار الاسلام بامان فاسلم ثم قتله خطأ فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة بالاسلام ودار خطأ ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالفرض لان المال لا يملك بل الوضع في بيت المال وان كان قتل المسلم الذي لا وارث له والمستأمن الذي اسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية منه بطريق الصلح لا بالجبر لان موجب العمد عندنا القصاص عينا الا ان يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي المقتول قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة اخرى هو ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو انفع في رأيه وبما ذكرنا ظهر ان الاولى ان يقول وهذا لان الدية قد تكون انفع والا كان متعين الصلح منه عليها واما ان يعفو فليس له ذلك لان ولاية على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطأ فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كما في قبلها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا قتله لانه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنا فاشتبه من له القصاص فلا يستوفى

باب العشر والخراج

قال نصف العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن ونزوة الى حد الشام ونسوة الى خراج وهو ما بين العذيب والقادسية حلوان ومن العلية وبعلبك
الى عبادان وكان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من ارض العرب لانهم ارض العرب لا يثبت في رقابهم كما لا يثبت في رقاب العبيد وضع الخراج من نزل اهلها على الاسلام
سواء العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف فتح عمر رضي الله عنه السواد ووضع الخراج عليها بحضرة من الصحابة ووضع عمر رضي الله عنه على ارض العراق وهو خراج على الشام قال
وارض سواد مملوكة لاهلها لانه اذا فتح ارضا عنوة وقهرا ان يقرها على ما كانت عليه ويضع عليها الخراج فتكون مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال وكل ارض اسلم اهلها او فتحت عنوة و
قسمت بين الغانمين فهي ارض عشر لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا اذا فتحت حيث يتعلق بنفس الخراج وكل ارض فتحت
عنوة وقر اهلها عليها فهي ارض خراج لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به وذكر محمد رحمه الله عن رسول الله عليه السلام فتح عنوة وترك اهلها اليوم فعليهم الخراج

كالمكاتب الذي قتل قبل اداء الكتابة وترك وفاء ولها ابن لا يعلم له ولي ولا هو في منطقته واحتمال كونه لذمي الامر لا يفيد اذ لا ينتفع به فكان وجوده
وعدمه في نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الانتفاع فيستوفي

باب العشر والخراج لما ذكرنا يصير به المستأمن ذميا ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في ارضه ورأسه وفي نخيلها
كثرة فاورد بما في ما بين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان يقرب قريب ثم ذكر العشر فيه ايضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا
وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الارض او نماء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة
الارض والرأس وحد الاراضي العشرية والخراجية اولا لا تتبع اضبط فقال ارض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب وهو ماء التميم وذكر ضمير الارض باعتبار
خبره وهو لفظ ما في قوله ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن وفي بعض النسخ وهو على الظاهر وحجر بفتح الميم واسكانها خطأ لان ابا يوسف قال حد ارض العرب
ما وراء حدود الكوفة الى اقصى صخر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى آخر جزء من اجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومرقج في آخر موضع من اليمن وقولهم
من اول عذيب القادسية الى آخر حجر يوجب ان ذلك اول ما ورد من ارض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل سيرين الى هيت ويعرف برمل عالج الى منقطع
الشام اي قرنا وقد يعبر بمنقطع الشماوة قال الكرخي وهي ارض الحجاز تهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لان بحر
الحبش وبحر فارس والفرات احاطت بها وتسمى حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد والسواد اي سواد العراق اي ارضه سمي به لكثرة الخضرة ووحده من
العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عبادان طولا ويقال من الثعلبية الى عبادان قيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرف
هذا فارض العرب كلها عشرية لانه عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم يأخذوا الخراج من ارض العرب ولو فعلوه لنقلت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف
فلما لم ينقل دل قضاء العادة على انه لم يقع ولان شرط الخراج ان يقر اهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف
واذا كان كذلك لا يوضع على العرب فكذا الخراج على ارضهم وسواد العراق المحدود المذكور خراجي لان عمر رضي الله عنه وضع عليه الخراج بحضرة من الصحابة وهو اشهر من ان ينقل فيه
متواتر وانما يحتاج الى ذلك في تقدير الموضوع وقوله ووضع على مصر الخ استدل الواقدي الى شيخه من اهل مصر ان عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة و
استولى عليها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على اراضيهم ثم كتب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك واسند
الى عمرو بن الحارث قال كان عمرو بن العاص بعث بجزية اهل مصر وخراجهم الى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد ما يحبس ما يحتاج اليه وقد استبطأه عمر في الخراج
فكتب يكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من ان مصر فتحت صلحا وارضها عنوة على يدي عمرو بن العاص
وقوله على ارض الشام فمعروف قيل ومدينة الشام فتحت صلحا وارضها عنوة على يدي يزيد بن ابي سفيان وشرحبيل
وابي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت اجنادين صلحا في خلافة ابي بكر رضي الله عنه وفي والها الفتح في المشهور
وسواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لان الامام اذا فتح ارضا عنوة له ان يقر اهلها
عليها بالخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لاهلها وقد مناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي
رضي الله عنهما ان المسلمين فلا يجوز لاهلها هذه التصرفات قوله وكل ارض اسلم اهلها عليها فاحرزوا ملكهم فيها وفتحت عنوة و
قسمت بين الغانمين فهي عشرية لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر اليق به لان فيه معنى العبادة ولانه اخف حيث

وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار وما استخرج منها عين فهي ارض عشر كذا
العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بماءها فيعتبر السقي بماء العشر وبماء الخراج **قال** من احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف رحمه الله معتبرة بحيزها فان كان
من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عندهما كلها عشرية باجماع الصحابة رضي الله عنهم لان حيز الشيء يعطى له حكمه
كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض
الخراج الا ان الصحابة رضي الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد رحمه الله ان احياها بئر حفرها او بعين استخرجها او ماء دجلة والفرات والانهار
العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا ان احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية
لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب النماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كما هو المعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامية
يتعلق الواجب بنفس الخارج فلا يؤخذ ما لم يكن خارجا فهو اليق بالمسلم وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان
الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة المتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره في آخر الفصل
ان شاء الله تعالى ومكة مخصوصة من هذا العموم فانها فتحت عنوة على ما اسلفناه في باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة
ولم يوظف عليها خراجا ولنخص هذا المكان بحديث زيادة على ما في باب الغنائم اخرج مسلم عن ابي هريرة انه ذكر فتح مكة فقال اقبل رسول الله صلى الله
عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضي الله عنه على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث ابا عبيدة على الجيش واخذوا بطن
الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في كتيبته قال فنظر الي فقال يا ابا هريرة قلت لبيك يا رسول الله فقال اهتف لي بالانصار فلا يأتيني
الا انصاري فهتف بهم فجاؤوا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبثت قريش اوباشها فقال لهم الا ترون الى اوباش قريش واتباعهم ثم قال
بيديه فضرب احدهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافوني على الصفا قال ابو هريرة فانطلقنا فما شاء احد ان يقتل ما شاء منهم الا قتله
الحديث بطوله فاضم هذا الى ما بناك وقد ذكر القبتي ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس واصفهان فتحت عنوة لعمر رضي الله عنه على يدي ابي موسى
عثمان بن ابي العاص وعتبة بن غزوان وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة واما خراسان ومرو وفتحتا صلحا في خلافة عثمان رضي الله عنه على يد عبد الله
بن عامر بن كريز واما ماوراءها فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على يدي المهلب
بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فافتتحها ابو موسى في خلافة عثمان صلحا وفي دلالية فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها
عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان
فتحها عبد الله بن عامر بن عباس في خلافة عثمان صلحا وفتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولاء ونهاوند على يدي سعد والنعمان بن مقرن واما الجزيرة فتحت صلحا
على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فاووا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل
واما اليمامة فافتتحها ابو بكر رضي الله عنه واما الهند فافتتحها قاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء
الانهار الخ وقد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع او زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري وفي الجامع الصغير الخ
وههنا المخالفة ظاهرة فان قول القدوري كل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج مطلق فهو اعم من ان يصل اليها ماء الانهار او لا يصل
بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع يفيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع ان الارض التي اقر اهلها عليها لو كانت تسقى بعين او بماء السماء
لم تكن الا خراجية لان اهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم ارض عشرية ومعلوم ان العشرية قد تسقى بعين او بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير
خراجية في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك اما في الابتداء
فهو ايضا يمنعه والعبارة التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال فصارت ارض خراج وكل ارض يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج وكل ارض لا يصل اليها ماء الانهار فاستخرج
فيها عين فهي ارض عشر والاراضي التي اسلم اهلها عليها فهي ارض عشر فقوله وكل شيء يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج عطف على كل ارض فتحت
عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج وكل ارض لم تفتح عنوة ووصفها انها يصل اليها ماء الانهار

قال والخراج الذي وضعه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رض فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب

فهي ارض خراج وحاصله تقسيم ارض الخراج الى ما بالفتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار ثم يجب تقييد الاول بان يقر اهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوم اذ لا يبتدي المسلم في اول الفتح قط بتوظيف الخراج في الاراضي المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية ما لم تكن الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التي احياها محي فان التي فتحت عنوة مما يبتدي فيها التوظيف غير المقسومة والمقر اهلها عليها ليس الا الموات التي احييت ويصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج اذا قام اهلها عليها وكل ارض لم تفتح عنوة بل احياها المسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار فهي خراجية او ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول ابي حنيفة ولو شرحه كذا استغنى بها عن ذكر المسئلة التي تليه فانها هي وحاصلها ان محمدا قال فيمن احيى ارضا ميتة ببير حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات وباقي الانهار العظام التي لا يملكها احد او بالمطر فهي عشرية وان احياها بماء الانهار التي سقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهي خراجية لان الاعتبار في مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كما فيستبر السقي لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فيصير خراجية عليه وعند ابي يوسف يعتبر بحيزها اي بما يقرب منها فان كانت من حيز اراضي الخراج اي تقربه فخراجية او ارض العشر فعشرية لان القرب من اسباب الترجيح فيترجح كونها خراجية بالقرب من ارض الخراج وعشرية كذلك واصله فنية الدور اعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها فهو غير مملوك له ومن اجل ان احق الانتفاع لو قال المستأجر للآجر هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفر واحفر واقلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لان كونه فناء بمنزلة الدار مملوكا في انطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير ان ابا يوسف استثنى البئر من ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من حيز ارض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره ابو عمر بن عبد البر ترك القياس فيها كذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الخ ان المراد بموضوع المسئلة اعني قوله ومن احيى ارضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك حتى لو احياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء او نحوه اولا وسواء كانت عند ابي يوسف من حيز ارض الخراج او العشر وظهر منه ايضا ان كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فالسقي بما حموه وجب فيه قوله والخراج الذي وظفه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ثمانية ارطال خلافا لابي يوسف ثم نص على الصاع ابو يوسف ومحمد فقال ابو يوسف حدثني السري عن الشعبي عن عمر بن الخطاب رض فرض على الكرم عشرة وعلى الرطب خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة يزرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا او لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج هو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز مما زرع حنطة او شعيرا او عدسا او ذرة قاله الطحاوي واستخرج الدرهم بالوزن سبعة والمراد من الجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست قبضات وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في اراضيهم وليس تقديرا لازما في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف اهله فالمقتضى ان الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه ان يجب الواجب هو قفيز ودرهم مع اختلاف

ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة رض من غير نكير فكان اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها

المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف اخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه ما في الهداية وغيرها واما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شيء فيه من الخارج وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رض وقيل بالاتصال لانها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزرعة لا شيء فيها بل المعتبر وظيفة عمر رض على ما في الزرع وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة ارضها فهي ارض كرم ذكره في الكبرى وفي شرح الطحاوي لو انبت ارضه كرما فعليه خراجها الى ان يطعم فاذا اطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان اقل فنصفه الى ان ينقص عن قفيز ودرهم فان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى ان يطعم الكرم ثم ذكر المص الرواية عن عمر رض بذلك فقال انه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد العراق وهو الذي اخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن ابي طالب رض حين اخى بين المهاجرين والانصار وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلثين الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة رض من غير نكير فكان اجماعا منهم قال شارح في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج ولا يخفى ان مرجع اسم الاشارة الست والثلثون الف الف اي وضع على الجريان المقادير التي ذكرناها ولا سو ينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية ابي يوسف به وهو منقطع لان الشعبي لم يدركه عمر رض واعلم ان الرواية عن عمر رض اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن ابي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رض على اهل السواد على كل جريب ارض يبلغه الماء عامرا او غامرا درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وعشرة اقفزة ولم يضع على النخيل شيئا جعله تبعا للارض ثم حدث عن ابي اسامة عن قتادة عن ابي مجلز قال بعث عمر رض عثمان بن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم يعني الرطبة وعلى جريب البر اربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال ابو عبيدة في كتاب الاموال ثنا هشيم بن بشير انبا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى ان قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من ارض اهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر اربعة دراهم وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال واخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رض فرضي به فقد رايت ما هنا من الاختلاف ومالك يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فيفوض الى اجارته كما هو الرسم الان في اراضي مصر فان الماخوذ الان اجارة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست محلا للزراعة وهذا البعد ما قلنا ان ارض مصر خراجية والله اعلم كانه لموت المالكين شيئا فشيئا من غير خلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا ان لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز لبيع عقاره الا لضرورة لعدم وجود ما ينفقه عليه وكذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان الاشرف برسباي رحمه الله ارض من ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك واحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة او شعير درهم والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر رض صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها اقل وبعضها اكثر لتفاوت الريع في ناحية مع ناحية وما قلنا اشهر رواية وارفق بالرعية ثم ذكر المص المعنى في اختلاف الوظيفة فقال ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة لانه يبقى على الابد بلا مؤنة واكثرها ريعا والمزارع اقلها ريعا واكثرها مؤنة لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحرث والحصاد والدياس والتذرية في كل عام والرطاب بينهما لانها لا تدوم دوام

فان الماخوذ اجارة

الا لضرورة عدم وجود

قال ومن وضع على ارض كالزعفران والبستان وغيره وضع عليه بحسب الطاقة لانه ليس فيه توقيت عمر رضه وقد اعتبر الطاقة فيه فلا يوظف عليه ما لا يطيق فان اسلم او ضعف عن الاداء لا يزاد عليه لان التضعيف من الانصاف ما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين والبستان كارض غير مملوكة وفيها نخيل متفرقة واشجار الخرنوب في ديارنا وتقع من الدراهم في الاراضي كلها وترك ذلك لان التقدير يجب ان يكون بحسب الطاقة من غير كان قال زفر لا تفي ما وضع عليها لنقصهم لاسلامه والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رضه لعله كلفتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدناها لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة عند زيادة الريع فيجوز عند محمد رحه استبقاء لابا النقصان وعند ابي يوسف لا يجوز لان عمر رضه لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة ذات النماء التقديري في بعض الحول وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على حقيقة الخارج عند زفر رحه لان الخراج يجب بالتمكن من الزراعة فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشايخ حملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانياً فان بقي لا يسقط الخراج لانه خطاها وفي الفتاوى الكبرى تحملوا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة او الشعير ام اي زرع كان وان المعتبر مدة تلك الزرع فيها او مدة يبلغ الزرع فيها مبلغاً يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني لان ادارة الحكم على حقيقة الخارج ان اسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعد من الزمان واما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعادة الزرع تستدعي نوعاً كالاول فان اخرج شيئاً فقصارى ان يفي بالخراجين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تجبر اصل مال الزرع وكذا ان زرع قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتاً وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا بشرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتاً فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته وبها فللامام ان يدفعها الى غير مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باجاها واخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من

الكرم ويكلفه لعمارتها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة اصله قوله عليه الصلوة والسلام ما سقته السماء ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر قوله وما سوى ذلك اي من الاراضي التي فيها اصناف غير ما وظف فيه عمر رضه كالزعفران والنخيل الملتفة كالبستان يصلح نظيراً لانه ارض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة يوضع على ذلك بحسب الطاقة فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر في ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع والرطبة يؤخذ خراج الرطبة او الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج لان التضعيف بعد ما كان لنا ان نقسمها ونتملك رقاب الاراضي والاموال عين الانصاف قوله فان لم تطق ما وضع عليها بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا افاد في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق ان يكون الخراج خمسة بان كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز ان ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفي هذا الفرق بين الارضين الذي وظف عليها عمر رضه ثم نقص نزلها وضعفت الآن او غيرها واجمعوا على انه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضه في الاراضي التي وظف فيها عمر رضه او امام آخر مثل وظيفة عمر رضه كذا في الكافي واما في بلاد الامام ان يبتدي فيها التوظيف فعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يزيد وقال محمد رحه يزيد وقول مالك واحمد ورواية عن ابي يوسف وقول الشافعي له ذلك معنى هذا اذا كانت الارض التي فتحت بعد الامام عمر رضه تزرع الحنطة فاراد ان يضع عليها درهمين وقفيزاً وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتباراً بالنقصان وهذا يؤيد ما ذكرته عن حمل الارض في قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل ارض عمر رضه ومنعه ابو يوسف بان عمر رضه لم يزد حين اخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون اخاف ان تكون حملتها الارض ما لا تطيق قالا حملناها ما هي له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق اخبرنا معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر رضه فقال ارض كذا وكذا يطيقون من الخراج اكثر مما عليهم فقال له ليس لهم سبيل قوله وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع الماء عنها او اصطلم الزرع آفة لا خراج عليه اما في غلبة الماء وانقطاعه فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج واما في الاصطلام فلفوت النماء التقديري في بعض الحول وكونه نامياً في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشايخ حملوا المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانياً فان بقي لا يسقط الخراج لانه خطاها وفي الفتاوى الكبرى تحملوا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة او الشعير ام اي زرع كان وان المعتبر مدة تلك الزرع فيها او مدة يبلغ الزرع فيها مبلغاً يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني لان ادارة الحكم على حقيقة الخارج ان اسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعد من الزمان واما الوجه الاول فصريح في نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعادة الزرع تستدعي نوعاً كالاول فان اخرج شيئاً فقصارى ان يفي بالخراجين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تجبر اصل مال الزرع وكذا ان زرع قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة كان ثابتاً وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا بشرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتاً فاما اذا لم يتمكن لعدم قوته وبها فللامام ان يدفعها الى غير مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باجاها واخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من

ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاءه على المسلم ويجوز ان يشتري

المسلم ارض الخراج من الذمي ويوخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان الصحابة رض اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها وذلك

على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي رح يجمع بينهما

لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض

المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في

اثناء السنة فان بقي منها قدر ما يمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن ابي يوسف انه يدفع للعاجز كفاية من بيت المال قرضا

ليعمل فيها صحيح ايضا ومن فروع ذلك ما اذا انتقل الى احسن الامرين من غير عذر بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا اخذ منه خراج الاعلى وهو الكرم لانه

هو الذي ضيع الزيادة على المسلمين قالوا الا يفتى بهذا حذرا من تسليط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم ان ارضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه

صب قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك

في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله لما قلنا من ان فيه معنى المؤنة والمسلم من اهل المؤنة كالعشر

والارض لا تخلو منها فابقاء ما تقرر واجبا اولى ولان وضع عمر رض بموافقة جماعة الصحابة رض ما كان الا لمجد الذين يجيئون من المسلمين بعد اهل الفتح بالسد حاجتهم

وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه وتقيته من الكلفة وتحمل المشاق في الزراعة ثم وضع

نحو النصف للغير قال المص وقد صح ان الصحابة رض اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها قال البيهقي قال ابو يوسف القول ما قال ابو حنيفة انه كان لابن مسعود

وجناب بن الارث والحسين بن علي وشريح ارض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها ثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي انه قال لعمر بن الخطاب رض

اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر رض بعت فيها مثل صاحبها قال البيهقي واخبرنا ابو سعيد ثنا ابو العباس الاصم ثنا الحسن بن علي بن عفان ثنا

يحيى بن آدم ثنا ابن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال اسلمت امرأة من اهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رض ان اختارت ارضها فاقروها

على ارضها فخلوا بينها وبين ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين ارضهم وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن

طارق بن شهاب ان دهقانة من ارض نهر الملك اسلمت فقال عمر رض ادفعوا اليها ارضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما

ثنا هشيم بن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبيد بن عدي ان دهقانا اسلم على عهد عمر رض فقال علي رض انه علي ان اقمت في ارضك رفعنا عنك الخراج

عن راسك واخذناه عن ارضك وان تحولت عنها فنحن احق بها وقال ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن ابي عون محمد بن

عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي قالا اذا اسلم له ارض وضعنا عنه الجزية واخذنا خراجها قال المص فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم من

غير كراهة وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل فلو قال من المسلم كان اولى وهو بناء على تعليقه بلفظ اخذه وهو غير مقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس

المقصود افادة انه هل يكره للامام اخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك الاخذ

منه هل يكره له ذلك او لا فيجب لفظ للمسلم فيتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول

بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روي انه عليه الصلوة والسلام رأى شيئا من آلات الحراثة

فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنا منهم ان الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة

واتبعوا اذناب البقر قعدوا عن الغزو فكر عليهم عدوهم فجعلوهم اذلة لا ما ذكروه اذ لا شك في انه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء

الا ترى انه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة قوله ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي ومالك واحمد يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان ذاتا

فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيه معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج

مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر
في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر
في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج
بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج

تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج الغزاة المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين
فيجبان كوجوب الدين مع العشر او الخراج قال المص ولنا قوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي
في الكامل عن يحيى بن عنبسة ثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم
خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على ابي حنيفة رح وانما رواه ابو حنيفة رح عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى وصله واخرجه
ابن ابي شيبة بنحوه عن الشعبي وعكرمة ثنا ابراهيم بن المغيرة ثنا عبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض وقال
ثنا ابو غيلة ثنا يحيى بن اوضح عن ابي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا النقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه
ليكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهب الجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال واما قوله ولان احدا من الائمة فقد منع بنقل
ابن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى الملاك فلم يتعين قول صحابي لعدم الجمع ليحتج به من
يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي ان ليس عمر بن الخطاب رض على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لآثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب
المسائل في مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه فليفيدك ذلك ثم المص منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع ان يتعلق بالسبب الواحد وهو
الارض هنا وظيفتان مع ان العموميات تقتضيه مثل قوله عليه الصلوة والسلام فيما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضي ان يؤخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد
الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية الا انه يعتبر النماء في العشر تحقيقا لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق
عشرة وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان اليها فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديري غير الارض
مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب فاذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكوة التجارة والسائمة فان السبب واحد
بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب واما قوله ولان الخراج يجب في الارض
اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا اسلم اهلها ولازم الاول الكرم ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان بعض صور الخراج يكون
مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقر اهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة
والقهر بل الصلح او بان احياها واستقاها بماء الانهار الصغار او كانت قرية من ارض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن ان الراشدين
من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم اجمعين لم يأخذوا عشرا من ارض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج بهذا تقضي العادة وكونهم
فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد ارايت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على اهل الكفر هل يقرب ان يتولوا اخذ وظيفة ويكلوا
الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على اداء من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة صح دليلا لفعل الصحابة خصوصا الخلفاء
الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم مع الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر و
الشافعي رح يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع وكذا الزكوة مع احدهما اي العشر او الخراج خلافا للشافعي رح وصورته اذا اشترى ارض عشر او خراج بقصد
التجارة عليه العشر او الخراج وليس عليه زكوة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج الزم للارض بخلاف الزكوة لانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما

قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمناها وقد يوازي بها تعلق الخراج

لم اقف عليه عن الصحابة ومثل النخعي والشعبي وعكرمة مثل ذلك وانما رواه

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام اهل نجران على الفي حلة وكل حلة ولا تجب والتراضي فلا يجوز التعدي الى غيرها وقوم عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما يأخذ منهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى اوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهم وعند الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام معاذا رض خذ من كل حالم محتلم دينارا وعدله معافري من غير فصل ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا اللفظ ينتظم الفقير والغني

بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ بشيء فان اثبت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب ان يعطل الارض عن الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من ارض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي ان يطالب بذلك الناظر

باب الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب اسلموا او لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا اطلق فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وانما يثبت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف وهو على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح عليها فيتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر اصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران وهم قوم نصارى يقرب اليمن على الفي حلة في العام على ما في ابي داود عن عبد الله بن عباس رض قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رض نصارى بني تغلب على ان يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكوة قال ابو يوسف في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اهل نجران اجدان قال على الفي حلة كل حلة اوقية يعني قيمتها اوقية فقول الواو الجمع كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية اربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم واراضيهم قال ابو يوسف لفاضلة على اراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران وان كان بعضهم قد باع ارضه او بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في اراضيهم واما جزية رؤسهم فليس على النساء والصبيان انتهى يعني انه ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم ارضه او لم يبع ثم اذا باع يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشتري المسلم وعشره من التغلبي المشتري وقول المصنف على الف ومائتي حلة غير صحيح وكذا قوله في بني نجران فان النجران اسم ارض من خيبر اليمن لا اسم قبيلة فكذا كان الثابت في الحديث اهل نجران والضرب الثاني جزية يبتدئ الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار ففتح بلادهم واقرهم على املاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤوا او ابوا رضوا او لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية واربعين درهما بوزن سبعة يأخذ من احدهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى اوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما واحدا وقال الشافعي يضع على كل حالم اي بالغ دينارا او اثني عشر درهما قال بعض مشايخهم الامام مخير بينهما والدينار في القواعد الشرعية بعشرة الا في الجزية فانه يقابل باثني عشر درهما لان عمر رض قضى بذلك وعند عامة اصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للامام ان يماسكهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دنانير وقال مالك يأخذ عن الغني اربعين درهما او اربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم او دينارا وقال الثوري وهو رواية عن احمد هي غير مقدرة بل مفوض الى راي الامام لانه عليه الصلوة والسلام امر معاذا باخذ الدينار وصالح هو عليه الصلوة والسلام نصارى نجران على الفي حلة وعمر رض جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على انه لا تقدير فيها معين بل مفوض الى راي الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن احمد روايتان اخريان احداهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي ووجهه ما رواه ابو داود والترمذي والنسائي عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن

وهذا هو المنقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ولأنه وجب نصرة لمقاتلة فتجب على التفاوت

بمنزلة خراج الأرض وهذا لأنه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر

وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحا أو لهذا أمره بالأخذ من الحالمة وإن كانت لا يؤخذ منها الجزية

وأما في أن أخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة ومن كل حالم دينارا أو عدله معافر من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي

حسن صحيح وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو أصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى

ليس فيه ذكر الحالمة وفي مسند عبد الرزاق ثنا معمر وسفيان الثوري عن الأعمش عن أبي وائل عن مسروق عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث

معاذا إلى أن قال ومن كل حالم أو حالمة دينارا أو عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شيء وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالم وقال

أبو عبيد وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ إذ كان في أول الإسلام نساء المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم يستدل لذلك بما روى المصعب بن

جثامة أن خيلا أصابت من أبناء المشركين فقال عليه الصلاة والسلام منهم آباؤهم ثم أسند أبو عبيد عن المصعب بن جثامة قال سألت رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم قال نعم فإنهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس و

المعافري ثوب منسوب إلى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافري من همدان ينسب إليه هذه الثياب المعافرية

وهذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب إليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتيبي البرد المعافري منسوب

إلى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الأصمعي ثوب معافري غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده ولأن الجزية إنما وجبت بدلا عن القتل ولذا لم تجب على من لم يجز

قتاله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير لأن كلا منهم يقتل قوله وفي هذا ما نقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله تعالى عنهم أجمعين

ذكره الأصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى السواد فمسحا أرضها ووضعا عليها الخراج وجعلا

الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا أخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن أبي شيبة ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي

محمد بن عبد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر

درهما وهو مرسل ورواه ابن زنجويه في كتاب الأموال ثنا أبو نعيم ثنا مندل عن الشيباني عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر رضي الله عنه وضع الخ وطريق آخر رواه البيهقي

في الطبقات إلى أبي نضرة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضع الجزية على أهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الخ ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام

إلى حارثة بن مضرب عن عمر رضي الله عنه أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وأربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم بلا نكير فيحل محل

الإجماع ثم عارض المصر معناه بقوله ولأنه أي الجزية وجبت نصرة للمقاتلة أي خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار لأن من هو من أهل دار الإسلام عليه نصرتهم

وقد فاتت بميلهم إلى أهل الدار المعاونين لنا لإصرارهم على الكفر ولهذا صرفت إلى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فيختلف باختلاف

حالهم لأنه نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فإنه كان يغير راكبا ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصر وذلك لأن النصرة تتفاوت بكثرة

الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزية والحق بخراج الأرض فإنه وجب على التفاوت وأورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم أن لا يؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين

سنة متتابعين أو يطلب الإمام منهم ذلك والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك أجيب بأن الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للإمام تغيير المشروع وتحقيقه

أن النصرة التي فاتت نصرة المسلمين فنصرة الإسلام فاتت بالكفر فأبدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم بتلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها ومعلوم

أن الجزية خلف عن قتله ونصرته جميعا قال وما رواه من وضع الدينار على الكل محمول على أنه كان صلحا فإن أهل اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا

فوقع على ذلك وقلنا ولأن أهل اليمن كانوا أهل قتال والنبي صلى الله عليه وسلم لعلم ففرض عليهم ما على الفقير إذ يدل على ذلك

قال وتوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الاية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال وعبدة الاوثان من العجم فيه خلاف الشافعي له هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه في حق اهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فيبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم رقيق لاستوائهم في الجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين لان كفرهما قد تغلظ اما مشركو العرب فلان النبي عليه السلام نشأ بين اظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر واما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب جوابه ما قلنا

ما روى البخاري عن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شأن اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار واعلم انه يستفاد منه ان الجزية خلف عن قتلهم والوجه انها خلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا لا عن احدهما فقط ففي عن المجموع ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فموسر ومن ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل اي المكتسب وقال الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك الا ترى ان صاحب خمسين الف بلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن ابي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كيلا يعطل الارض قوله وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود يدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى يدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى او قال هم من اليهود فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى ابي الليث وتؤخذ اي الجزية من الصابئة عن ابي حنيفة خلافا لهما اذا اطلق في اهل الكتاب فشمل اهل الكتاب من العرب والعجم واما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذها من مجوس هجر وهذا قول المص ووضع عليه الصلوة والسلام الجزية على المجوس وهجر بلدة في البحرين قوله وعبدة الاوثان بالجر اي وتوضع على عبدة الاوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه الى الجزية في حق اهل الكتاب بالقرآن اعني ما تلونا من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية وفي المجوس بالخبر الذي ذكرناه في صحيح البخاري فيبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم بجامع ان كلا من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر لانه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فقد ادى حاجة نفسه الينا او بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لاصولهم في الكفر فكانوا اتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل اتباعا في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة قوله وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية قوله ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب فلان القرآن قد نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون فلان كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي يسترق مشركو العرب وهو قول مالك واحمد لان الاسترقاق اتلاف

واذا ظهر عليهم نساؤهم وصبيانهم فيء لان ابا بكر الصديق رض عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين

ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لانهما وجبت بدلا عن القتل او عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم

الاهلية قال ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن ابي يوسف انه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي ولا على فقير غير معتمل خلافا للشافعي له اطلاق حديث

معاذ رض عنه ولنا ان عثمان رض عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رض عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل

حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل ولنا قوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون اي الى ان يسلموا وروي عن ابن عباس انه عليه الصلوة والسلام قال لا يقبل

من مشركي العرب الا الاسلام او السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس رض وقال او القتل مكان او السيف وعنه

عليه الصلوة والسلام لا رق على عربي واخرجه البيهقي عن معاذ رض ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على احد من العرب رق لكان اليوم وقا

المص وجوابه ما قلنا يعني من ان كفره اغلظ فلا يكون له حكم الاخف منه قوله واذا ظهر عليهم اي على مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء يسترقون لانه

عليه الصلوة والسلام استرق ذراري اوطاس وهوازن وابو بكر رض استرق بني حنيفة اسند الواقدي في كتاب الردة في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان

خالد بن الوليد صالحهم على ان يؤخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فاخرج السلاح والكراع والاموال والسبي

ثم قسم السبي قسمين واقرع على القسمين فخرج سهمه على احدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني ابو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر

عن اسماء بنت ابي بكر الصديق رض قالت قد رأيت ام محمد بن علي بن ابي طالب رض وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها

محمد بن الحنفية وقال حدثني عبد الله بن نافع عن ابيه قال كانت ام زيد بن عبد الله بن عمر رض من ذلك السبي وحنيفة ابو حي من العرب سمي به لان خديمة

ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي خديمة وحنيفة بن نجيحة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم ان ذراري المرتدين ونساءهم

يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضيخان واما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل ان

يؤخذ فاخبر انه زنديق وتاب تقبل توبته فان اخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه

الجزية قوله ولا جزية على امرأة ولا صبي وكذا على مجنون بلا خلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي رح وعن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء

ليسوا كذلك ولا على اعمى وزمن ولا المفلوج وعن الشافعي رح يؤخذ منهم لاعتبارها باجرة الدار ولا تؤخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب

وعن ابي يوسف رح تؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأي في الحرب وجه الظاهر انه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله لما

بينا والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة قوله ولا على فقير غير معتمل اي الذي لا يقدر على العمل وان احسن حرفة وعلى قول الشافعي رح

عليه الجزية في ذمته له اطلاق حديث معاذ رض وهو قوله عليه الصلوة والسلام خذ من كل حالم ولنا ان عثمان رض لم يوظف الجزية

على فقير غير معتمل اذ وبعثمان رض بذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رض وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا الهيثم بن عدي

بن عمر بن نافع حدثني ابو بكر العيشي صلة بن زفر قال ابصر عمر شيخا كبيرا من اهل الذمة يسأل فقال له ما لك قال ليس لي مال وان

الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما انصفناك اكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله ان لا تأخذوا الجزية من شيخ كبير

ولان خراج الارض كما لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس يجامع عدم الطاقة بحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول

على المعتمل بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقرر بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر رض ليس فيه المعتمل

قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر اخرجه البيهقي ولا يقال بنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف

ولا يقولون به لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز ان يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل

اذا كان صحيحا في اكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن النصف العام

ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم
مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر ههنا وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم
اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف رح ووجه الوضع عليهم ان القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم
انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي بصحته في اكثر السنة ومن اسلم وعليه
جزية سقطت وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما له انها وجبت بدلا عن العصمة او عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه
العوض بهذا العارض كما في الاجرة والقتل عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى
جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الاول يجب لان المملوك الحربي
يقتل وعلى الاعتبار الثاني لا يجب لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه قادرين عليه
وعدمه فلا يجب بالشك والوجه ان يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا ولا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل
بنفي الجزء وهذا لا نذكره فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن ابي حنيفة لا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلا شك ثم لا يخفى ان ذكر ام الولد ليس
على ما ينبغي فان من المعلوم ان لا جزية على النساء ولعله ابن ام الولد فسقطت لفظة ابن **قوله** ولا يؤدي عنهم مواليهم يعني لما قلنا لا توضع عليهم جاز ان
يقال انها تؤخذ من مواليهم فيؤدون عنهم فازال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة في الجزية حتى لزمتهم جزية الاغنياء بسببهم فلا يؤخذ
منهم عنهم شيء آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقدر بوجه آخر وهو انهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم سعي شرعا فلا يجب شيء آخر
وهذا بناء على ان غناء الملاك بهم لانهم مال ويجرون المال بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد يقال هو للواحد رهبان ايضا وهو
شرط ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم فعليه الجزية هكذا ذكر القدوري وذكر محمد رح عن ابي حنيفة رح انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على
العمل وهو قول ابي يوسف رح ووجه الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض المباح من الزراعة ووجه وضع الجزية
عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعي رح على ما تقدم انها
عندنا بدل من نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل من القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقابل المجموع
منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فمتى تخلف احدهما انتفى وجوبها وعن محمد رح لا جزية على المسلمين قيل يجوز انه اراد من يقدر على العمل منهم فيكون
اتفاقا ويجوز ان يقول هو لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية بان اسلم بعد كمال السنة سقطت عنه
وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي رح فيهما وكذا لو مات في اثناء السنة او اسلم وفي اصح قولي الشافعي رح لا تسقط فيهما ايضا وعلى هذا
الخلاف لو عمر او زمن او اقعد او صار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شيء لان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التي تثبت
للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي رح او بدلا عن السكنى في دار الاسلام كما هو قول آخر له وقد وصل اليه العوض وهو حقن دمه وسكناه
الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا للبدل فتقرر البدل دينا في ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذي هو موته او اسلامه كسائر
الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل اداء ولنا ما اخرجه ابو داود
والترمذي عن جرير عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم
جزية قال ابو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه وبالفظ الذي فسره به سفيان الثوري
رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر رض عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان
قابوسا وليس قابوس في مسند الطبراني فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل الاسلام بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة
اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به عن جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وبذا يخص السقوط بالاسلام
والوجه تعميم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه اجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاستحقاق

فهاوجبت بدلاً من النصرة في حقنا وقد قلنا ١ انه بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدمياً والذمي يسكن ملك نفسه فلا يصغر لا يجاب بدل العصمة والسكنى وان اجتمعت على
١ ان تداخلت الجزيتان ١ اسم ٢ فمن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة اخرى لم يؤخذ وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
يؤخذ منه وهو قول الشافعي ٣ وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً وكذلك ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف
لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية ان الخراج وجب عوضاً والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم
تعذر استيفاؤه ولابي حنيفة ره انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه وانما لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي به بنفسه فيعطيه قائماً
والقابض جالس وفي رواية يأخذه بتلبيبه ونهزه هزاً ويقول اعط الجزية يا ذمي وقيل هذا والله قتلت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود لانها وجبت
عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا الكفر في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يستوفى بحراب قائم في الحال لا بحراب مضى وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية
عنه ثم قوله محمد ره في الجزية في الجامع الصغير جاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على المضي مجازاً وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل
البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة ره باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند
الشافعي ره في آخره اعتباراً بالزكوة ولنا ان ما وجب بدلاً عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناها في اول

اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت ممكنة
فذاك والا وجب الاتباع على ان الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض كما تبقى في ايدينا والمسلم من سعى في
بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لانها ذل ظاهر وشعار واما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين
بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين لاستحقاق للعموم والحق الخاص فضلاً عن العام ليس كالملك الخاص **قوله** ولانها اي الجزية
انما وجبت عقوبة عن الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية
ولا شك في انتفاء الاول ولذا اخذت بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين انها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل
معاوضة كما ظنه فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية
لا يكون الا لدفع شره في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد
اندفع بالموت والاسلام وهذا لا ينافي كونها بدلاً اي خلفاً عن النصرة لنا فكانت عقوبة وتقوية على كفره الذي هو سبب حرابته دفعاً لها باضعافه
ياخذها منه وبدلاً من نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفاً ايضاً عن النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل
وقد قدر عليها بالاسلام واما قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به والظهور خلافه
منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلاً عن السكنى قلنا الذمي يسكن ملك نفسه فلا يكون اجرة ولانه بعقد الذمة صار من اهل الدار فلا يؤخذ منه
بدل تمكينه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر وهذه عصمة متجددة بالعصمة ويكفي ما ذكرنا
من ذلك انها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى حرابته ولا تمكن
من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته **قوله** فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت اي الجزية انت فعل الحولين لتأويله بالسنتين والاولى
الى ذلك من اول الامر او تقدير مضاف اي جزيتا حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه
خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم يؤخذ منه وهذا عند ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ
منه في قولهم جميعاً وكذا ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراجه حينئذ عنده وعندهما يؤخذ
منه ما مضى وقيل لا تداخل فيؤخذ ما مضى بالاتفاق لهما في الخلافية وهي تداخل الجزية ان الخراج اي الجزية لانها خراج الرأس وجب
عوضاً والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤه على الوجه المأمور به تستوفى وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنتين لانه ما دام
كافراً امكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره
وانت تعلم ان كونها وجبت عوضاً وكون المتحصل فيها اعواضاً خلاف ما تقدم وانه بقول الشافعي ره اليق فانه اريد بالاعواض الاجزية الواقعة
عقوبة ثم عليهما وجه ابي حنيفة ره القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار في رمضان مع انها عقوبة وعبادة غير ان
الراجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله ولهذا الخ استيضاح على انها عقوبة يعني لو بعث
بها على يد نائبه لا تقبل منه في اصح الروايات بل يكلف ان يأتي بها بنفسه فيعطيه قائماً والقابض جالس وفي رواية يأخذه بتلبيبه

فصل ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد اخذ ارضها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائمة ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة

وهو مايلي صدره من شبابه ويقول اعط الجزية يا ذمي وقبولها من النائب يفوت المامور به من اذلاله عند الاعطاء قال الله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ثم وجه احترازها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن يغني عن القتل في المستقبل والنصرة في المستقبل لان القتل انما استوفي لحرب قائم في الحال لا لحرب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان الماضي وقعت الغنية عنه بانقضائه فانقضت الحاجة فيه الى شيء من الاشياء وفي المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد في الجامع جبارت سنة اخرى حمله بعض المشائخ على مضي السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجماع في الحولين او في الجزيتين فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول اول السنة فان مجيء الشهر يجيء اوله ومجيء السنة يجيء اولها والاصح هو هذا فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعي في آخره اعتبارا بالزكوة ولنا انما وجبت الجزية بدلا عنه وهو النصرة والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه من ان القتل انما استوفي لحرب قائم في الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك في المستقبل بخلاف الزكوة لان الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول لتحقق الاستيفاء فلم يجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم تقديم الحول مقام النماء لانه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا

فصل لما كانت هذه احكام تتعلق بالذمي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك قوله ولا يجوز احداث بيعة بكسر الباء ولا كنيسة في دار الاسلام وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة والكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصر عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان في قرى ديارنا ايضا لا تحدث في هذا الزمان والمروي عن صاحب المذهب يعني ابا حنيفة كان في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة في شرحه كتاب الاجارات الاصح عندي انهم يمنعون عن ذلك في السواد وان كان في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون واما القرى التي سكنها المسلمون اختلف المشائخ فيها على ما ذكرنا فصار الاطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدوري منعها في دار الاسلام والصومعة وهو ما يبنى للتخلي عن الناس والانقطاع فيها لهم مثلها فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدوري وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها قال المصنف لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير انهم لا يمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء كان اماما في زمن الصحابة رضي الله عنهم او التابعين او بعدهم قيل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة وكنيسة ولا يجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما يفتتح المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شيء بالاجماع وما كان فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية يجب وعندنا ان جعلهم ذمة امرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلوتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعي في رواية عن احمد لان الصحابة رضي الله عنهم فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا دارا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم في الكنائس على ما يقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث شيء منها ويمنعون

وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها قوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب

من شرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنازير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر معناه التجارة اي الخمارة وفي المبسوط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع انتهى وقال محمد كل قرية من قرى اهل الذمة او مصرا او حديقة لهم اظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا المزامير والطنابير والعيدان ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن واعلم ان البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها واما في الامصار فاختلف كلام محمد فذكر في السير والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة انها لا تهدم عمل الناس على هذا فانا رأينا كثيرا منها تداولت عليها الامة وازمان وهي باقية لم يأمر امام بهدمها فكان متوارثا عن عهد الصحابة رضي الله عنهم وعلى هذا لو مصر بالقرب منها دير او كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي ان لا يهدم لانه كان مستحقا للامام قبل وضع السور فيحمل ما في جوف التابرة من الكنائس على ذلك لانها كانت قصا فاراد العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس وبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت في الضواحي فادير السور فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن في دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي ان لا تهدم لانها كانت في امصار قديمة ولا شك ان الصحابة رضي الله عنهم والتابعين حين فتحوا المدينة علوا بها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم يقيها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف انها فتحت صلحا حكمنا بانهم اقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار فانظر الى قول الكرخي اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلوتهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن يخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المص على عدم الخلاف بقوله عليه الصلوة والسلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال المص والمراد احداثها وهذا لان البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة رضي الله عنهم في الصلح وفي رواية البيهقي تصريح بذلك في سننه عن عبد ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه ابو عبيد القاسم بن سلام ثنا عبد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد حدثني قرة بن نمير الحضرمي قاضي مصر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروى ابو الاسود عن ابن ابي الهيثم عن يزيد بن حبيب عن ابي الخير قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا كنيسة في الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدي في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبنى كنيسة في الاسلام ولا يبنى ما خرب منها واعل بسعيد بن سنان واذا تعددت الطرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النساء قوله

وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها فلا يحدث فيها كنيسة ولا بيعة لانهم لا يمكنون من السكنى فيها فلا فائدة في اقرارها الا ان تخذ دارا سكنى ولا يباع فيها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب ويمنعون من ان تتخذ ارض العرب مسكنا او وطنا بخلاف امصار المسلمين لانها ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك وذلك لقوله عليه الصلوة والسلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب اخرج اسحق بن راهويه في مسنده ابنا النضر بن شميل ثنا صالح بن ابي الاخضر حدثني الزهري عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال اخبرنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب او قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكوة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فاني مجليكم قال فاجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك في الموطأ قال مالك قال ابن شهاب فحص عمر رضي الله عنه عن ذلك حتى اتاه اليقين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلا يهود خيبر واجلا يهود نجران

قال ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعلمون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة بإظهار الكستيجات والركوب على السرج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للشعار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين لان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة تجب ان يكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه مباح في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا لا حق لاهل الذمة ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فليس لهم ان يتصدروا في مجامع المسلمين فان لزمته ضرورة اتخذ سرجا بالصفة التي تقدمت ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه لو كان مسلما ينتقض اسلامه فكذا ينتقض امانه اذ عقد الامان خلف عن الاسلام فلما ان سب النبي عليه السلام نقض الكفر المقارن لا يمنع فالطارئ لا يرفعه

وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن ابن عباس رض لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال اخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام وسميت جزيرة لانحجار المياه التي حولها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن وفرات وقيل لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الزهري سميت جزيرة لان بحر فارس وبحر السودان ان احاط بجانبها الجنوبي واحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذري في مختصره قال مالك رح جزيرة العرب المدينة نفسها وروي انها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخاري عن المغيرة قال هي ارض مكة والمدينة قوله ويؤخذ اهل الذمة بالتمييز عن المسلمين في زيهم وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم وحاصل هذا ان اهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام غالبا مما يميز المسلم من الكافر كيلا يعامل معاملة المسلم في التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت احدهم فجأة في الطريق فلا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم عليه الصلاة والسلام بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم بجميع اهل المدينة ولم يكن لهم زي عال عن المسلمين واذا وجب التمييز وجب ان يكون فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير اداء من ضرب او منفعة بلا سبب يكون مذلا المراد الصاقه بهيئته وضيعة ولذا امروا بالكستيجات وهو خيط في غلظ الاصبع من الصوف يشد فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم لان فيه جفاء بالمسلمين اي اغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم وللدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين وربما يمر فوق بحملهم فيقولون الكفار احسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب واليه اشارة بقوله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على حسنة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شدة هو حاشية رقيقة من الابريسم فمنعهم من لبس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا او غيره كالصوف المروي والحج الرقيق والابراد الرقيق اولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكثارهم واداخالهم في المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما تصيف بعض المسلمين خدمته له خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه بما توجب له من الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف او قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار ان لا يركبوا اصلا الا اذا اخرجوا الى ارض قرية ونحوه او كان مريضا الا ان تلزم الضرورة فيركب لم يزله في مجامع المسلمين اذا مروا بهم ولا يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف ان المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه اهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة والزنار للنصارى العمامة الزرقاء واليهود العمامة الصفراء واختص المسلمون بالبيضاء وكذا تؤخذ نساؤهم بالزي في الطريق فيجعله على ملاءة اليهود خرقة صفراء وعلى النصرانية زرقاء وكذا في الحمامات وكذا تميز دورهم عن دور المسلمين كيلا يقف سائلهم فيدعو لهم بالمغفرة او يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين ويمنعون من لباس يختص اهل العلم والزهد والشرف وتجعل مكاتبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا طيالسة كطيالسة المسلمين ولا اردية كاردية هم هكذا امروا واتفقت الصحابة على ذلك قوله ومن امتنع من اداء الجزية او قتل مسلما او زنى بمسلمة او سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده فيصير مباح الدم باعتبار انه لا عهد له عندنا وقيد باداءها لانه لو امتنع من قبولها نقض عهده والشافعي رح ينتقض عهده بالامتناع عن اداء الجزية وعدم قبول احكام الاسلام ولا ينتقض بزنائه بمسلمة لو اتى بصبيها بنكاح او ان يفتن مسلما عن دينه او يقطع الطريق او يدل على عورات المسلمين او يقتل مسلما وهو قول مالك رح واحمد رح الا ان مالكا قال ينتقض باكراه المسلمة على الزنا لانه ينقض عهده بذلك وفيما سوى سب النبي صلى الله عليه وسلم فانه يقتله به ان لم يسلم ووافقه

قال [illegible] الذمة [illegible] فيما [illegible] المرتد [illegible] بخلاف المرتد

قوله [illegible] من الزكوة لان عمر رضه [illegible] على ذلك بمحضر من الصحابة رضه ولا يؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلوة وتعلق الصدقة اضافة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا الضعافة وقال زفر لا يؤخذ من نسائهم لانه جزية والحقيقة على ما قال عمر رضه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية لا جزية على النساء ولنا انه مال وجب بالصلوة والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لا ذلك لا يختص بالجزية لا ترى انه لا يراعى فيه شرط

في هذا الشافعي في قول واحمد في رواية وثلاث فيه ايضا فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغي او سبه عليه السلام قولان آخران احدهما لا ينتقض والآخر ينتقض

وجه قوله هذا انه بذلك ينتقض ايمانه لو كان مسلما فينتقض به امانه الا في اذ عقد الذمة خلف عن الايمان في افادة الامان فلما انتقض الاصل انتقض الخلف بالطريق الاولى وروى ابو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر رضه ان رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال له لو سمعت لقتلته انا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف ولنا ان سبه عليه الصلوة والسلام كفر من الذمي كما هو رؤية من المسلم والكفر المقارن لعقد الذمة لا يمنع عقد الذمة في الابتداء فالكفر الطاري لا يرفعه في حال البقاء بطريق اولى ويؤيده ما روي عن عائشة رضه ان رهطا من اليهود دخلوا عليه الصلوة والسلام فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا قال عم قد قلت وعليكم ولا شك ان هذا سب منهم له عليه الصلوة والسلام ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قال وحديث ابن عمر رضه اسناده ضعيف وجاز ان يكون قد تشترط عليهم ان لا يظهروا سبه عليه الصلوة والسلام والذي عندي ان سبه عليه الصلوة والسلام او نسبته ما لا ينبغي الى الله تعالى ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى تقدس عن ذلك اذا اظهر يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان دفع القتل والقتال عنهم لقبول الجزية الذي هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين ادلالا بالنص ولا خلاف ان المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول واظهار ذلك منهم ينافي قيد كون قبول الجزية دفعا للقتل لانه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو ان يكون صاغرا ذليلا واما اليهود المذكورون في حديث عائشة رضه فلم يكونوا اهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا اصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم الى ان يمكن الله منهم لانه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث هنا يوجب انه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار مستمرا عليه حل للامام قتله او يرجع الى الذل والصغار قوله ولا ينتقض عهده الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا اهل الذمة على موضع قرية او حصن فيحاربونا لانهم بكل من الخصلتين صاروا حربا علينا وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابهم فيعرى عن الفائدة فلا يبقى فاذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات واذا تاب يقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل امان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته وكذا في حكم ما حمله من ماله الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيئا لعامة المسلمين كالمرتد اذا لحق بمال ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام واخذ من ماله واد خله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة احق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين اخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيئا وفي رواية لا ولا يبعد ان يقال انتقال الى المكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما وقوله الا انه لو اسر يسترق استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف المرتد اذا لحق ثم ظهر على الدار قاسرا لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لانه ما كان التزمه بالذمة الا اسلاما بل احكامه فجاز ان يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد ان يعود اليه اما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى اخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية

فصل اخذ احكام نصارى بني تغلب بفصل لان حكمهم يخالف لسائر النصارى وتغلب بطن من وائل من العرب من بقية تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام

البنى

منهم

يقبلان توبته

ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رح يضاعف لقوله عليه السلام ان مولى القوم منهم

الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان

نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغنى

من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه

ثم زمن عمر دعاهم عمر رض الى الجزية فابوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم

فقال النعمان بن زرعة يا امير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث

عمر رض في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة رض على ذلك ثم الفقهاء وفي رواية ابي يوسف رح بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال

لعمر رض ان بني تغلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رض على ان لا ينصروا احدا من اولادهم في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان يسقط

الجزية من رؤسهم انثى ففي كل اربعين لهم شاتان ولا زيادة حتى يبلغ مائة وعشرين ففيها اربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هي

جزية على الحقيقة من كل وجه او لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبي فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شيء وهو رواية الحسن عن

ابي حنيفة رح قال الكرخي رح وهذا الرواية اقيس وهو قول الشافعي رح لان الواجب بكتاب الله عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق يؤيده

قول عمر رض هذه جزية سموها ما شئتم قال اصحابنا رح وان كان جزية في المعنى فهو واجب بشرائط الزكوة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا

لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال

وذلك لا يخص الجزية والمرأة من اهلها ومن اهل ما يجب من المال في الصلح فيؤخذ بخلاف الصبي والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم واموالهم لعدم وجوب الزكوة

عليهم عندنا بخلاف ارضهم فيؤخذ خراجها لانها وظيفة الارض وبسبب عبادة ليحض الغالبين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكر يفيد انه روعي في هذا المأخوذ

جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكوة اما الاول فلانها حقيقة الجزية واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية

التي وجبت بالصلح وقد علمت ان الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع والذي يراعى فيه

من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدئ الامام وضعها شاء او ابوا على ما تقدم قوله ويوضع على مولى التغلبي اي معتقه الخراج

اي الجزية وخراج الارض وقال زفر رح يضاعف عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه لقوله عليه الصلوة والسلام مولى

القوم منهم وهذا الحديث استدللنا به في الزكوة على حرمان مولى الهاشمي الزكوة ولذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي وجميع

الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكوة من هذا الباب ولنا ان هذا اي وضع الصدقة المضاعفة تخفيف

ان لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برغبتهم في ذلك واستشفاقهم ما سواه والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف الا يرى ان الاسلام

اعلى اسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت

بوصف التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به

وينتقض بمولى الغني تحرم الصدقة على معتقه ولم يتعد اليه فقال لا يلزم لان الغني من اهل الصدقة في الجملة الا يرى انه لو كان عاملا عليها

اعطي كفايته منها وانما الغني مانع من الاسقاط عن المعطي لشرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص السيد اما الهاشمي فليس باهل

لهذه الصلة اصلا لشرفه وكرامته لا لسخاء ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا فالحق به مولاه لان التكريم ان لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان

قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام مولى القوم منهم اجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي لا يجعل

منزلة في الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة التضعيف

قال ومن جاء ومن عرب ومن مولى بني تغلب في مساجدهم هل غرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وبناء
قضاة المسلمين وعلمائهم ومن لا يجد منهم ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه معد لدفع الكفار وهم
معدون لمصالح المسلمين وهؤلاء كلهم نفقة الذراري على آبائهم فلو لم يعطوا لكفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب ولا يفرغون للقتال ومن مات في نصف السنة
فلا شيء له من العطاء لانه صلة وليس بدين وهذا معنى عطاء فلا يتأكد قبل القبض ويسقط بالموت وهل يعطى في زماننا مثل الناقص المدبر والمعتق الله اعلم

باب احكام المرتدين

قال واذا ارتد مسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة اعترضته بينت له وكشفت عنه وان لم يكن له شبهة فان تاب وجب الامر الا ان الدعوة بلغته

الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى فيخص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيضه لما ان نقيضه المولى الاسفل ينسب الى مولاه
وجه آخر بان القياس ان لا يكون المولى منهم ولا ماء ولا حكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث بنفي منع الزكوة وهو ما روي انه عليه
الصلوة والسلام استعمل ارقم بالارقم على الصدقات فاستتبع ابا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلوة والسلام
ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد فان موالي القوم منهم واذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكوة واما الجواب بان قيل لم يوافق
ذكره احد من الفقهاء قيل بل قوله مروي عن الشعبي قوله وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما ابدله اهل الحرب الى
الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وهي مواضع يخاف العدو فيها من دار الاسلام وبناء القناطر والجسور وهي ما يوضع
ويرفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع ويعطى قضاة المسلمين وعلمائهم ومن لا يجد منهم ما يكفيهم وتدفع منه ارزاق
المقاتلة وذراريهم فانه تجب نفقته عليهم فلو لم يكفوا من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا لانه مال بيت المال لانه وصل
الى المسلمين من غير قتال ومال كذلك وهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال و
اذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد ابي شجاع انه يعطى ايضا للمعلمين والمتعلمين وهذا يدل
طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل ان يتأهل عامل لنفسه لكن يعمل بعده للمسلمين قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه صلة و
ليس بدين ولكونه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت وهذا لانه مات قبل تأكد حقه لمجيء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجري
فيه الارث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تأكد كسهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما اسلفناه وتقييد محمد رحمه الله في
الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بانه اذا مات آخرها يعطى ورثته قالوا لا يجب ايضا ولكن يستحب لانه اوفى غناء اي تعب في عمله للمسلمين فيستحب ان يعطى
على شمس الائمة عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة ايضا بما ذكرنا في نصفها فافاد انه لا يتأكد الحق بعد ما تمت السنة ايضا معولا على انه صلة فلا يملك قبل
القبض وهذا يقتضي قصر الارث على حقيقة الارث والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تأكد باتمام عمله في السنة كما قلنا انه يورث سهم الغازي بعد الاحراز بدار
لتأكد الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك قول فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب ان يصرف ذلك الى
ورثته فاما قبل ذلك فلا الا على قدر عنائه يقتضي ان يعطى حصته من العام ثم قيل يرزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو اتى في اولها ثم
مات او عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد رحمه الله يجب الى رد الباقي كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها
فماتت قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان و
التمرتاشي والعطاء هو ما يثبت في الديوان باسم كل من ذكرنا عن المقاتلة وغيرهم وهو كالمحاكمية في عرفنا الا انها شهرية والعطاء سنوي

باب احكام المرتدين لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي شرع في بيان احكام الكفر الطاري والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام
قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة ابداها كشفت عنه لانه عساه اعترته اي عرضت له شبهة
فتزاح عنه فيدفع شره باحسن الامرين وهما القتل والاسلام واحسنهما الاسلام ولما كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال الا ان
العرض على ما قالوا اي المشايخ غير واجب بل مستحب لان الدعوة قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة

قال ويحبس ثلثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام حرا كان او عبدا فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يؤجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرة فلا بد من مدة يمكنه التامل فقدرناه بالثلث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود

قوله ويحبس ثلثة ايام فان اسلم فبها والا قتل وهذا اللفظ ايضا من القدوري يوجب وجوب الانتظار ثلثة ايام على ما عرف من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اي مكانه فانه يفيد انظاره الايام الثلاثة ليس واجبا ولا استحبابا وانما تعينت الثلاثة لانها مدة ضربت لابلاء العذر بدليل حديث حبان ابن منقذ في الخيار ثلاثة ايام ضربت للتامل لدفع الغبن وقصة موسى عليه السلام مع العبد الصالح ان سالتك عن شيء بعدها وهي الثالثة الى قوله تعالى قد بلغت من لدني عذرا وعن عمر رض ان رجلا اتاه من قبل ابي موسى فقال له هل من معرفة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال عمر اللهم اني لم احضر ولم آمر ولم ارض اخرجه مالك في الموطا لكن ظاهر تبري عمر رض يقتضي الوجوب ثم قال المص تاويل الاول وهو قول القدوري الدال على وجوب امهال الايام الثلاثة انه يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط الوجوب فانه قال اذا طلب التاجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك الشبهة او انه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة ايام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر رض المذكور الدال على الوجوب تاويله انه لعله طلب التاجيل وعن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح انه يستحب ان يوجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يوجله ثلاثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرة اذ لا بد من مدة يمكنه فيها التامل فقدرناها بثلاثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول الشافعي رح انه اذا تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ وقوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد به عدم وجوب الانظار فحق بينا والاستدلال مشترك ومن الادلة ايضا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان اريد به نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التاخير على ما عرف ثم ثبت وجوبه بحديث عمر رض وقول المص وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ليس بجيد اذ يقتضي كراهة الامهال ثلاثة ايام وهو خلاف المذهب ويخالف ما ذكرنا من ان الامر المطلق لا يقتضي الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة مطلقة بل مقيدة للعموم للفاء في قوله فاقتلوه لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب فان قيل فتفيد الوصل باعتبار ان المعلول لا يتاخر عن العلة قلنا المعلول هو الحكم الشرعي وهو ايجاب قتله لم يتاخر عن علة المشرع له وهو كفره واما ايجاب الامتثال عن الفور فشيء آخر فلا فرق في وجوب قتل المرتدين كون المرتد حرا او عبدا وان كان تضمن قتله ابطاله حق المولى بالاجماع واطلاق الدلائل التي ذكرناها وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وقيل هو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا بريء من كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد ان ياتي بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب وبه قال الائمة الثلاثة ولو تبرأ عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود وفي شرح الطحاوي سئل ابو يوسف رح عن الرجل كيف نسلم فقال بقوله اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به من عند الله ويتبرأ عن الدين الذي انتحله وان شهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال لم ادخل في هذا الدين قط وانا بريء منه اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبته انتهى وقوله قط يريد به معنى ابدا لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل وفي شرح الطحاوي اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودية وكذلك يتبرأ من اليهودية وكذا في كل ملة واما مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير انهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق انه رسول الله ولا يتهم الا اسلام به

قال فان قتله قتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية ههنا ترك المستحب لانتفاء الضمان لان الكفر مبيح للقتل والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل وقال الشافعي رح تقتل لنا ردتها ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انه جناية مغلظة فتناط بها عقوبة مغلظة وردة المرأة تشارك كفرها فيها فتشاركها في موجبها ولنا ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشرها اذ لا جزء هو اخراب ولا يوجد ذلك من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد

هذا فيمن بين اظهرنا منهم واما من في دار الحرب لو دخل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا اتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا من قوله هذا انما اراد به الاسلام الذي يدفع عنه القتل الحاضر وعليه يحمل ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه ولو ارتد بعد اسلامه ثانيا قبلنا توبته ايضا وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي رح قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في الحال ولا يؤجل فان تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة وحال المخلص فحينئذ يخلي سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال الكرخي رح هذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وما ذكر الكرخي رح مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك منه يضرب بدا ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلوة وآتوا الزكوة فخلوا سبيلهم وعن عمر رض وعلي رض لا تقبل توبته من كرر ردته كالزنديق وهو قول مالك واحمد والليث رح لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا الآية قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا وفي الدراية قال في الزنديق لنا روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول مالك واحمد رح وفي رواية تقبل كقول الشافعي رح وهذا في حق احكام الدنيا اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا صدق قبله سبحانه وتعالى بلا خلاف وعن ابي يوسف رح فعل ذلك مرارا يقتل غيلة فسر بان ينتظر فاذا اظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستحقاق وقتل الكافر الذي بلغته الدعوى قبل الاستتابة جائز قوله فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه وقطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء على القاتل والقاطع لان الكفر مبيح وكل جنايته على المرتد هدر ومعنى الكراهة ههنا ترك مستحب فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك اي القتل او القطع بغير اذن الامام اثم قوله واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها قاتل لا شيء عليه لا صدحرة كانت او امة ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية ويروى عن ابي حنيفة رح انها تضرب في كل ايام وقدر ما بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثون سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه بحرة ولا امة وهذا اقل معنى لان موالات الضرب يفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة تدفع الى مولاها فيجعل حبسها بيت السيد سواء طلب ذلك هو ام لا في الصحيح ويتولى هو ضربها قال المصرحمنا بين الحقين يعني حق الله وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد فانه لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن ابي حنيفة رح في النوادر يسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو افتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السعي بالردة من اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام او يهبها الامام له اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتدع قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها المسلمون واجروا احكامهم فيها ويقول للمسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى ان يشتريها من الامام وقد افتى الدبوسي والصفار واهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليهما وغيرهم مشوا في الظاهر ولكن حكموا تخييرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى وعند الائمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصر على خلاف الشافعي رح قال لما روينا من قوله عليه الصلوة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري وغيره قال ولان ردة الرجل جنحة

وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا وان المولى لما فيه من الجمع بين الحقين وروي تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام **قال** ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل بقي ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب فهذا يوجب زوال ملكه وما لكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل هذا العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه

للقتل من حيث انها جناية متغلظة هي جناية الكفر وجناية المرأة تشاركها فيها فيشاركها في موجبها وهو القتل ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء كما مر من الحديث الصحيح وهذا مطلق يعم الكافرة اصليا وعارضا وثبت تعليله عليه الصلوة والسلام بالعلة المنصوصة كما قدمناه في الحديث من عدم حرابها فكان مخصصا لعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر المص من المعنى بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل في الاجزية ان يتأخر الى دار الجزاء وهي الدار الآخرة فانها الموضوعة للاجزية على الاعمال الموضوعة بهذه الدار لها فهذه دار اعمال وتلك دار جزائها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الا لمصالح تعود الينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب القتل بالردة ان يكون لدفع شر حرابه لا جزاء على فعل الكفر لان جزاءه عظم من ذلك عند الله تعالى فتخص بمن يتأتى منه الحرب وهو الرجل ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة ذات رأي وتبع تقتل لا لردتها بل لانها حينئذ تسعى في الارض بالفساد وانما حدت لانها امتنعت عن اداء حق الله تعالى بعد ان اقرت به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن تحبس ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال بلغنا عن ابن عباس رض قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست وامامه والدارقطني عن جابر عن امرأة يقال لها ام مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعف لعمر بن بكار واخرجه ايضا من طريق آخر عن جابر رض ولم يسم المرأة وزاد لعرض عليها فابت ان تسلم فقتلت وهو ضعيف لعبد الله بن اذينة قال ابن حبان لا يجوز الاحتجاج به بحال وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل قال عبد الله بن عطاء وان اذينة منكر الحديث وروى حديث آخر عن عائشة رض ارتدت امرأة يوم احد فامر عليه الصلوة والسلام ان تستتاب فان تابت والا قتلت وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا فيه يضع الحديث مع انها معارضة باحاديث آخر مثلها وامثل منها ما اخرجه الدارقطني عن ابي رزين عن ابن عباس رض قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المرأة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عبس الحرزي قال الدارقطني كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة رض ان امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في معجمه ثنا الحسن بن اسحق التستري ثنا هرم بن معلى ثنا محمد بن سلمة الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن ابي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امرأة ارتدت عن الاسلام فادعها فان تابت فاقبل منها وان ابت فاستتبها وتقدم رواية عن ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس رض فيما اسند الدارقطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على ابي حنيفة رح حديثا كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم يروه غير ابي حنيفة رح عن عاصم عن ابي رزين مرفوع بانه اخرجه الدارقطني عن ابي مالك الجنبي عن عاصم به فزال انفراد ابي حنيفة رح الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر رض انه في امرأة ولدت فخشيت ان تباع في ارض فات مؤنة عليها ولا تباع في اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها واخرج الدارقطني عن علي رض المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس **قوله** ويزول ملك المرتد عن امواله زوالا مراعا اي

قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح ومحمد رح كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة رح انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده

موقوفا غير باب في الحال فان اسلم عادت امواله على حالها الاول وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر امره فعمل السبب وهو كونه كافرا حربيا عمله مستندا الى وقت الردة كالمشتري برد الخيار يثبت ملكه عند الاجازة مستندا الى وقت البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي رح تقضي انه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع في الهبة وبه صرح بعض الشارحين ورد عليه ان لا معنى للزوال المراعا والموقوف لانه اما ان يزول او لا فاجاب بانه يزول ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اي المشائخ هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعي رح مثل قوله وبه قال مالك رح واحمد رح في رواية وقولهما قول آخر للشافعي رح وجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف الا بماله واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه فما لم يقتل بقاء ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص لا يزول ملكه ما لم يقتل بقاء ملكه ولابي حنيفة رح انه كافر حربي مقهور تحت ايدينا الى ان يقتل والملك عبارة عن القدرة والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا يوجب زوال ملكه وبالكيته ومقتضى هذا ان يزول في الحال على البتات الا انه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن دخله وعرف محاسنه وانس بسبيل الله حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان لم يزل مسلما ولم يعمل السبب عمله وان ثبت منه احد ما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة لا توجب انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربي يملك غير ان مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه فيكون المرتد حربيا فصار ما يقتضي زوال عصمة نفسه وماله تبعا وهو لا ينفي قيام الملك في الحال فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهورا تحت ايدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم ان حقيقة المراد بالردة يزول ملكه زوالا باتا فان استمر حتى مات حقيقة او حكما باللحاق استمر الزوال الثابت من وقت الردة فان عاد عاد الملك وبهما ظهر ما من الحكم بالزوال لان الساقط لا يعود فيقول ابو حنيفة رح ان الردة لما انقضت الزوال والاجماع على انه ان عاد وماله قائم كان احق به وجب ان يعمل لهما فنقول بالردة يزول ثم بالعود يعود شرعا هذا وبعد اتفاقهما على عدم زوال ملكه قال الشيخ ابو نصر البغدادي ان ابا يوسف رح جعل تصرفه بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فيصير مرتهنا من جميع المال وجعله محمد بمنزلة المريض فيعتبر من الثلث وجه قول محمد رح انه في معرض التلف فهو اسوأ من المريض حالا وابو يوسف رح يمنعه ويقول المرتد متمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض غير قادر عليه

قوله ان مات او قتل على ردته او حكم بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا لجماعة المسلمين يوضع في بيت المال هذا عند ابي حنيفة رح وقالا الكسبين لورثته وقال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر اجماعا فيبقى ماله حربي لا امان له لم يوجد عليه بخيل ولا ركاب فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه من انه مكلف محتاج الخ فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا لا ينتهض على الشافعي رح الا اذا بينا كيفية الاستناد وهو ان يقال ان اخذ المسلم اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو موجب الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ومحمل الحديث الكافر الاصلي الذي لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين كسب الاسلام والورثة سابق والمسلمين في ذلك وترجحوا بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ للاب قال الله تعالى افمن كان ميتا فاحييناه ولابي حنيفة رح ما قالاه في جهة التوريث الا انه انما يمكن في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة وهو الموت

ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه

من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر وجود الوارث

عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض

وترثه امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة

فيسند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بموته زال ملكه فما اكتسبه بعد الردة لا يقع مملوكا له ليمكن استناد التوريث فيه الى ما قبل موته الحكمي اعني الردة لانما

يورث ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر ان الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم الخلافي المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة

المستمرة على ما حققنا عنده وعندهما لا يزول حتى يتحقق الموت الحقيقي او الحكمي باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم اذا تحقق

الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والعرض انه مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له ارثهم ثم يستند على استناده الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار كسبه ما اكتسب

في زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو نفس المرتد وان كان معدوما حسا **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة بان

كان حرا مسلما وبقي كذلك الى وقت موته او لحاقه في رواية عن ابي حنيفة رح رواها عنه الحسن بن زياد وهذا الاعتبار الاستناد

في الارث فان المستند لا بد ان يثبت اولا ثم يستند فيجب ان يصادف عند ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو المسلم الحر وكذا

عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد من مملوك حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية وعنه انه يرثه ما كان وارثا عند الردة فقط

من غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية عن ابي يوسف رح عنه فلا يبطل استحقاقه اي استحقاق من كان وارثا عند الردة بعروض

موت ذلك الوارث ان اورد ته بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد تخلفه وارثه وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية قول الكرخي رح لان الردة بمنزلة

الموت فيعتبر وقتها لاستحقاق الميراث وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت او اللحاق وهي رواية محمد رح عنه قال في المبسوط وهذا اصح

لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد الذي يحدث من المبيع بعد البيع قبل القبض

يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في انه يصير معقودا عليه ويكون له حصة من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض

بغير فعل احد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع فلو كان من بحيث يرثه كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت او لحق

او اسلم ورثه وهو قول ابي يوسف رح ومحمد رح الا ان الكرخي رح حكى بينهما خلافا في اللحاق فعند ابي يوسف رح يعتبر حال الوارث يوم الحكم

باللحاق وعند محمد رح يوم اللحاق لا الحكم وجه ابي يوسف رح ان العارض يعني الردة متصور زواله فتوقف ثبوت حكمه على القضاء وجه

محمد رح ان باللحاق تزول العصمة والامان والذمة في حق المستأمن والذمي فكان هذا بمنزلة المكاتب يموت ويترك وفاء فيؤدي الكتابة

فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال اداء الكتابة وجوابه من قبل ابي يوسف رح ان اللحاق ليس حقيقة الموت الما يوس عن ارتفاعه يثبت

الحكم به لا قضاء بل في حكمه لانقطاع والا يتنا عنه واحكامنا فلا يثبت به احكام الموت قبل ان يتأكد وذلك بالحكم به **قوله** وترثه امرأته

المسلمة اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة وهذا لان الردة لما كانت سبب الموت و

هي باختياره اشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا مات وهي في العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال

في ارثها قد يقال كون الردة تشبه الطلاق فصارها ان يجعل بالردة كانه طلقها والغرض صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار والتحقيق ان يقال الردة

كانه مرض الموت الموت باختياره بسبب المرض ثم هو اصراره على الكفر مختارا في الاصرار الذي هو سبب القتل حتى يقتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت

قتلا او حتف انفه او لحاقه فيثبت حكم الفرار وروى ابو يوسف رح عن ابي حنيفة رح انه ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثته عند ردته وبه قال

ابو يوسف رح وهو تفريع على رواية الاكتفاء بالتحقيق بصفة الوارث حالة الردة فقط وهي رواية ابي يوسف رح وما في الكتاب على رواية الحسن من اشتراط

والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد **قال** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه صار مرتدا باللحاق من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود اليها فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبت الاحكام المتعلقة وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف

وبقائه بالصفة الى الموت او على رواية اعتباره وقت موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة ولا ارث غير المدخولة فهو كذلك وذلك لان بمجرد الردة تبين غير المدخولة لا الى عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما تعتد فيها بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم يكن عند موت الزاوج او محاقه اثر من آثار النكاح لان الارث وان استند الى الردة لكن يتقرر عند الموت وهذا ايضا لا ترى الى تقضية عدتها قوله والمرتدة كسبها لورثتها لانه لاحراب منها اذ المرأة لا حراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت كافرة فلم يوجد سبب الفيء وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبه اسلامها وردتها على ملكها فيرثها ورثتها بخلاف المرتدة عند ابي حنيفة رح فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال او في المال باللحاق فلا يملكه لكونه مال حربي مقهور تجب ابدنيا فلا يورث قوله ويرثها زوجها المسلم اذا كانت ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج بعد ما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي صحيحة فانها برد تها هذه لم تبطل له حقا متعلقا بمالها وهذا التقرير فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وفي العدة بخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان بردته في صحته ترث اذا عرض له موت فلو جعلت ردته كطلاقه بائنا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته لما شرته بسبب مرض موته ثم بما برد جعل مطلقا في مرضه واذا مات ثبت حكم الفرار قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا او حكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في دار الاسلام الى ورثته المسلمين باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسبه في ايام ردته على قولهما كما مر ولا يفعل شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام واما ما اوصى به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلافه وذكر الولوالجي ان الاطلاق قوله وقولهما ان الوصية بغير القربة لا تبطل لان البقاء لوصيته حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما تصح وعند ابي حنيفة رح تتوقف فكذا هنا قيل واراد بالوصية بغير القربة الوصية لاناحية وللغنية وقال الطحاوي لا يبطل منها ما يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد رح لبطلان الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان تقييد الوصية بحق الميت ولا حق له بعد ما قتل على الردة او لحقه بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير لان حق العتق ثبت للمدبر وبهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرنا آنفا وقال الشافعي رح وما لك رح واحمد رح يبقى ماله موقوفا ويحفظه الحاكم الى ان يظهر موته ثمة او يعود مسلما فيأخذه لانه اي اللحاق نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا ان باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام احكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى بخلاف الغيبة في بلد اخرى من دار الاسلام فان احكام الاسلام وولايته الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضي به سابقا على القضاء بشيء من هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم تثبت الاحكام المذكورة ولكونها كالموت قلنا فاذا لحقت الحربية فلزوجها ان يتزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لا عدة على الحربية من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت او عادت مسلمة لم يصر نكاح اختها لان العدة بعد ان سقطت لا تعود

حال

وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام ومما لزمته في حال ردته من الديون تقضى مما اكتسبه في حال ردته قال العبد الضعيف
عصمه الله هذه رواية عن ابي حنيفة رح وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام وان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق
بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب له الدين فيقضى كل دين من الكسب المكتسب الذي في
تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين
عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى
منه كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه فكان قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما للحق وقال ابو يوسف ومحمد رح يقضى دينه من الكسبين لانهما جميعا ملكه حتى يجري الارث فيهما والله اعلم قال وما باعه او استرده او اعتقه او وهبه او رهنه او تصرف فيه من امواله
في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هو صحيح في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ
بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك فيملك الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والتحاق لانه يعتمد الملك وموقوف باتفاقهما كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة والمساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم

ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد رح لانه السبب والقضاء انما لزم لتقرره بقطع الاحتمال اي احتمال عوده اي اللحاق لا يوجب احكام الموت
الا اذا كان امرا مستقرا وهو امر غير معلوم فبالقضاء به يتقرر وعند ابي يوسف رح يعتبر كونه وارثا وقت القضاء حتى لو كان من بحيث يرث وقت الردة كافرا
او عبدا او وقت القضاء مسلما معتقا ورث عند ابي يوسف رح الا عند محمد رح وهذا لانه اي اللحاق انما يصير موتا بالقضاء لانه بمجرده غيبة فتقررها
بالقضاء به ويتقرر به يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد منا تمام وجهي القولين والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الخلاف في المرتد
وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبرها حلول ديونها **قوله** وتقضى ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته
في حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شيء ورثته الورثة والا لا يورثون شيئا ولو فضل
عن ديون الردة شيء من كسب الردة عن ابي حنيفة رح انه لا يورث لانه لا يورث كسب الردة قال المصنف رح وهذا التفصيل المذكور رواية
عن ابي حنيفة رح قيل رواها زفر رح عنه ولم ينسب الكرخي رح هذه الى ابي حنيفة رح بل قال وقال زفر رح والحسن رح ما لحقه في حال الاسلام
الخ وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فيقضى منه الدينان جميعا فان وفى فكسب الردة فيء لجماعة المسلمين ولا يرث الورثة شيئا في هذه الصورة
الا ان يفضل عن كسب الاسلام شيء عن الدينين فان لم يف كمل من كسب الردة وهي رواية الحسن بن زياد عنه وعنه عكسه وهو انه يقضى
الدينان جميعا من كسب الردة فان وفى بالديون ورثته الورثة كسب الاسلام كله وان لم يف كمل من كسب الاسلام وورثت الورثة
ما فضل ان فضل شيء وهذه رواية ابي يوسف رح عنه وجه الاول وهو التفصيل ان المستحق بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة
مختلف وحصول كل من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم
وجه الثاني وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه فيه الوارث ومن شروط هذه الخلافة الفراغ من حق المورث وهو مقدار ما عليه
من الدين فيقدم الدين مطلقا عليه اما كسب الردة فليس مملوكا لبطلان اهلية الملك بالردة عند ابي حنيفة رح فلا يقضى دينه منه
الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه فان قيل كيف يقضى منه وهو فيء عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال
لا بعد في هذا فان الذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه اولا وما فضل يكون للمسلمين فكذلك
ههنا قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام وجه الثالث وهو رواية ابي يوسف رح من كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه بمعنى انه ما تعلق به حق الغير كما يتعلق في مال المريض والاصح ما ذكرنا لان ملكه زوال غير انه لا يلزم من كونه خالص حقه لدينه انه ملكه الا ترى ان كسب المكاتب
خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا انه لم يف فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه قال في المبسوط وعلى هذا نقول عند الرهن
قضاء الدين فاذا قضى دينه من كسب الردة او رهنه بالدين فقد فعل عين ما كان يحق فعله فهذه ثلاثة روايات عن ابي حنيفة رح ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضى منه
قال ابو يوسف رح ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين جميعا لانهما ملكه عندنا حتى يجري فيهما الارث **قوله** وما باعه المرتد او اشتراه او اعتقه او رهنه الى آخره وقال المصنف رح اعلم ان
ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك في الاستيلاد لا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية ابنه
وحق المرتد في ماله اقوى من الاب في جارية ابنه وكذا يصح دعوة السيد ابن امته مكاتبته وحق المرتد في ماله اقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان المال

ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه تصح تصرفاته قبل الموت الا ان عند ابي يوسف رح تصح كما تصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل وصار كالمرتدة وعند محمد رح تصح كما تصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة رح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف التصرفات بناء عليه وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر ويتوقف تصرفاته لتوقف حاله وكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل

موقوف على حكم ملكه حتى اذا اسلم كان له بلا سبب جديد ولا ملك للاب والمولى فيها والطلاق يقع من العبد مع قصوره لانه فانه لا ولاية له على نفسه واورد عليه ان بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق اجيب بانه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق قد سلف ان المبانة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وصرح في المحيط بان الفرقة بالردة من قبيل الفرقة التي يلحقها الطلاق مع ان الردة لا يلزمها الفرقة كما لو ارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون لانها لا تبتنى على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانها تعتمد الملة ولا ملة له لانه غير مقر على ما انتقل اليه من دين سماوي او غيره كالشرك فهو بمنزلة من لا ملة له وهذا حاصل ما فسر به ظهير الدين من ان المراد الملة التي يدينون بملك النكاح التوارث والتناسل والمرتد لا يتحقق في نكاحه من ذلك لانه لا يقر عليه ومن هذا القسم ارثه واما الارث منه فقد تقدم انه ثابت لورثته المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة بين الشريكين ولا مساواة بين المسلم والمرتد ليتوقف عقد المفاوضة فان اسلم نفذت وان مات او قتل او قضي بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن يصير عنانا عندهما وعند ابي حنيفة رح تبطل اصلا لان في العنان وكالة وهي موقوفة عنده قوله ومختلف في توقفه وهو ما عددناه من هبته وشرائه وعتقه ورهنه ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هي موقوفة ان اسلم نفذت وان مات او لحق او قتل بطلت لهما ان الصحة للمعاملات التي ذكرنا تعتمد الاهلية ولا خفاء لها والنفاذ يعتمد الملك في وجود الاهلية لكونه مخاطبا بالايمان وكذا قتله فرع كونه مكلفا وكذا ملكه لقيامه قبل موته على ما قررناه يعني من قوله مكلف محتاج الخ ومما يوضح كون ملك المرتد باقيا انه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة او امة مسلمة لستة اشهر فصاعدا ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو ان ولده قبل الردة مات بعد ما قبل موته ولحاقه لا يرث واذا كان ملكه قائما واهليته نفذت تصرفاته عندهما الا ان عند ابي يوسف رح يصح كما يصح من الصحيح في جميع المال لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فلا يكون كالمريض وعند محمد رح يصح من الثلث كما يصح من المريض لان من انتحل نحلة لا سيما اذا كان بها معرضا عما نشأ عليه فلما تركه فكان بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا ان ابا يوسف رح يقول بعوده دفع القتل عنه والموت على ذلك بتجديد الاسلام بخلاف المريض ولابي حنيفة رح انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك اي عوده لما حررناه من ان المراد انه يزول ملكه ثم يعود بعوده الى الاسلام من انه حربي مقهور نفسه وماله تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب املاكا لمن قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب ان يملك المبيع وان يخرج من ملكه الثمن والاجارة لذلك والغرض ان ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات احكامها في الحال فان اسلم افادته حين وقعت وهذا معنى التوقف فصار المرتد كالحربي يدخل دارنا بلا امان فيؤخذ اي يؤسر فتتوقف تصرفاته لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل او استرق لم تنفذ منه هذه او اسلم لم يؤخذ له مال فكذا المرتد وقوله واستحقاق الخ جواب عما يقال المرتد يجب ان يكون كالمقتص عليه بالقصاص والرجم لانه مقهور تحت ايدينا للقتل عينا خصوصا فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان غير ما يحتمل في حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة فاجاب بالفرق بان استحقاق القتل في الفصلين اي الحربي والمرتد لبطلان العصمة بانتفاء سببها وهو الاسلام فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك لسبب جزاء على الجناية مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى مالكا حقيقة لعصمة ماله لقيام سببها ولهذا لو قتل القاتل غيره ولي القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما بما من حقوق تلك العصمة بخلاف المرتد لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال ابو اليسر قالا احسن لان المرتد لا يقبل الرق والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر

يوسف

فان قاد المرتد بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلماً احتاج اليه فيقدم عليه بخلاف ما اذا زاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلماً قبل ان يقضي القاضي بذلك فهو انه لم يزل مسلماً لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولده والولد حر وهو ابنه لانه وان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار الحرب ما صحت الاستيلاد فيما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية والولد تبع له لقربه الى الاسلام المجبر عليه فصار في حكم المرتد المرتد لا يرث المرتد اما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لانها خير هما دينا والمسلم يرث المرتد اذا لحق المرتد بدار الحرب ثم عاد على ذلك الحال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذه ماله والحق بدار الحرب فظفر عليه ذلك الدار فوجد ابنه الولد قبل القسمة عليهم لان الاول لم يصر فيئاً ولنا انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان الوارث اولى الوارث اما الفائدة

الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه بالرجم وحاصل مراده ان المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند ابي حنيفة رح بل نقول انما اوجب الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فيثبت فيه ذلك بطريق الاولى لان الرق يتصور معه تلك النكاح بخلاف قهر المرتد

قوله وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه لقدا او عرضاً اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه عنه بالموت المحكوم به واذا عاد مسلماً فقد احياه الله تعالى حياة جديدة ولذا قلنا في المرتدة المتزوجة اذا لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج عن عدتها لانها فارغة عن النكاح والعدة كانها حيضت لان قال الله تعالى افمن كان ميتاً فاحييناه فاذا حيي احتاج اليه فيقدم على الوارث وعلى هذا الواحي الله سبحانه ميتاً حقيقة واعاده الى دار الدنيا كان له اخذ ما في يد ورثته بخلاف ما ازاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يقبل الفسخ كبيع او هبة او لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لا يعودون في الرق لان القضاء بعتقهم قد صح بدليل مصحح له وهو اللحاق مرتداً لانه كالموت الحقيقي فنفذ والعتق بعد نفاذه لا يقبل البطلان وولاؤهم لمولاهم اعني المرتد الذي عاد مسلماً هذا اذا جاء مسلماً بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلماً قبل الحكم باللحاق فكانه لم يزل مسلماً كانه لم يرتد قط لما ذكرنا من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضاء وما لم يستقر لا يورث فتكون امهات اولاده ومدبروه على حالهم ارقاء ودينا كان عليه من الديون المؤجلة لا تحل بل تكون الى اجلها لعدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا ابق بعد البيع قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء بالفسخ وان عاد قبله جعل الاباق كان لم يكن **قوله** واذا وطئ المرتدة جارية كتابية او يهودية كانت له في حال الاسلام فجاءت بولد لستة اشهر او اكثر ولو الى عشر سنين منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه ويثبت لامه حق امومية الولد ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورث الابن وان مات المرتد على ردته او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد من المرتد فلما قلنا انه لا يفتقر الى حقيقة الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد المأذون جارية من تجارته ذكره ابو الليث في شرح الجامع الصغير واما انه لا ترثه فلان الام اذا كانت يهودية او نصرانية يجعل الولد تبعاً للمرتد لا الامة لقرب المرتد الى الاسلام المجبر عليه والظاهر انه لا يورث القتل على العود وصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد ولا غيره واما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها وانما يجعل تبعاً لها لانها خير هما دينا والمسلم يرث المرتد ولا يقال لم لم يجعل تبعاً للدار فيما اذا كانت الام نصرانية لانه انما يجعل تبعاً للدار اذا لم يكن معه احد ابويه بان سبي وليس معه احدهما بل يلتقط في دار الاسلام ولا يظن ان هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلماً مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار بل لانه كان حين ولد مسلماً فيبقى على ما كان بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذا لم يوجد في زمن اسلامهما وتقييد المسئلة بما اذا جاءت به لستة اشهر فصاعداً احتراز عما اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فانه يرثه اذا مات او لحق او قتل على ردته وذلك للتيقن بحصول العلوق في حال اسلام ابيه المرتد فكان الولد مسلماً والمسلم يرث المرتد وفي الفوائد الظهيرية ما ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة فيضعف بهذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هناك لم يكن موجوداً حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم ان الصحيح ما رواه محمد رح عن ابي حنيفة رح ان من كان وارثاً عند موته سواء كان موجوداً وقت الردة او حدث بعدها انتهى وقد قدمنا انه صح من قول شمس الائمة وعلى هذا فيكون تخصيصاً لقوله عليه الصلوة والسلام لا يرث المسلم الكافر بالكافر الاصلي الا انه يحتاج الى دليل التخصيص ويمكن كونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين مالاً اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم على ما قدمناه فارجع

واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فدبره لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فيعاد الى الوارث الذي هو المولى خلفه كما لو وكل من جهته وحقوق العقد فيه يرجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه واذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة جميعاً لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فيكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين فهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الاسلام لنفاذ تصرفه فيه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الاول ميراثاً عنه والثاني فيئاً عنده واذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية حلت محلاً غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الا اعتباراً اما المعتبر فقد بدا بالاراء فكذا بالردة واما الثاني وجوابه ما ذكرنا فيه معناه اذا قطع يد الحربي لانه صار مستأمناً فعاد والموت ينتظم السراية واسلامه حيوة حادثة في العقد فلا يرفع حكم الجناية الا كما اذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه في شاة الصيد قال فان لم يلحق واسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح في جميع ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة هدر السراية فلا يقابل الاسلام الا الضمان كما اذا قطع يد قاتل نفسه ثم ارتد ومات من ذلك وجه قوله ان الجناية وردت على محل مضمون وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم يتخلل الردة وهذه لانه لا معتبر بقيام العصمة في محل الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وحال ثبوت الحكم وحال البقاء فيما بين ذلك ثم ذكر محمد رح في الجامع الصغير ان المرتد اذا لحق بدار الحرب وله عبد فدبره لابنه وكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلماً فالمكاتبة جائزة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ وهو القضاء بالعبد له ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل كان الابن وكيلاً عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كانه سلط ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع الى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق عنه فلذا كان الولاء للمرتد الذي عاد مسلماً بخلاف ما اذا كان ادى بدل الكتابة الى الابن فان الولاء حينئذ يكون للابن قوله واذا قتل المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند ابي حنيفة رح وقالا في مال اكتسبه في الردة والاسلام اما ان الدية في ماله فلان العواقل لا تعقل المرتد لان تحميلهم العقل باعتبار نصرتهم اياه التي بها يقوى الجراوة ولا نصرة منهم للمرتد واما انه عنده في كسب الاسلام فقط فلانه لا ملك عنده غيره وعندهما يملك الكل فيكون ماله من الكل وعلى هذا اذا غصب مالاً فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام واكتسب في الردة مهدر الجناية عند ابي حنيفة رح خلافاً لهما وقوله وماله المكتسب ماله بتداء والمكتسب خبره والاولى في مثله الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا انه تركه للابتداء اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية الامة والمكاتبة المرتدين بجنايتهم في غير الردة لان الملك فيها قائم بعد الردة والمكاتب يملك اكتسابه في الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر قوله واذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع او لحق ثم جاء مسلماً او مات منه فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة فيهما اما الاول وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلاً حلت المحل بعد زوال عصمته فاهدرت اذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد وايضاً صار اعتراض زوال العصمة شبهة في سقوط القصاص في اليد واذا اهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة واقل ما فيه دية بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك القطع فانه لا يجب الضمان اصلاً لان القطع وقع في وقت لا قيمة لها

فاذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقى فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابى حنيفة رح فلان المكاتب انما يملك كسبه بالكتابة والكتابة لا يتوقف بالردة فكذا كسبه لا ترى انه لا يتوقف تصرفه بالاقوى وهو العتق فكذا بالادنى بطريق الاولى

فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا والهدر لا يلحقه الاعتبار اما المتبر فقد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة واما الثانى وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع قال المصنف رح ومعناه اذا قضى بلحاقه فانه صار مبينا تقديرا بالقضاء باللحاقة والموت بقطع السراية واسلامه حياة حادثة فى التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى على انها قتل لانه ما ثبت سرايته بعد انقطاع حكم القطع فوجب الاقتصار على موجب القطع الواقع فى حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفى ذلك نصف دية النفس فوجب للورثة واما اذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذى نبينه قال شمس الائمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله الذى نبينه ما يذكر من ان على قول محمد رح يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما تلى هذه وهى قوله وان لم يلحق اى المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم اسلم فمات من القطع من غير تخلل لحاق فعند ابى حنيفة رح وابى يوسف على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد رح وزفر رح فى جميع ذلك يعنى الصور الاربع وهى ما اذا قطعت يده مسلما فارتد ومات على ردته او ارتد ثم اسلم بلا لحاق او ارتد ولحق بعد القضاء او قبله ثم عاد فاسلم نصف الدية قياسا ووجهه ان عارض الردة اهدر السراية حتى لو قتله قاتل لا شئ عليه فاذا اسلم بعد ذلك لا ينقلب بالاسلام الى الضمان من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يده مرتدا او حربيا فاسلم لا يجب على القاطع شئ ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لانه مسلم وتمت فيه لانه مسلم فى الحالين فيجب ضمان النفس كما اذا لم تخلل الردة اهدار السراية وهذا لان تخللها كائن فى حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة فى حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص فى النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة فى حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء فى ايجابها والواقع انه لا معتبر ببقائها فى ذلك فانما المعتبر قيامها فى حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفى حال الموت فيثبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمنزلة ادليت حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام الملك فى حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فانت طالق ثم ابانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان فعلت فانت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب فى ايجاب الزكوة المعتبر وجوده اول الحول لينعقد السبب وفى آخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذى ارتد فاو كان القاطع هو الذى ارتد ففى المبسوط فان قتل او مات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شئ له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين السراية ان جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية فى الخطأ فى ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جناية احد قوله واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فى ايام ردته بقى بكتابته فاخذ بماله اى اسر وابى ان يسلم فقتل فانه يوفى مولاه كتابته وما بقى فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة اولى واذا كان ملكه قضيت منه مكاتبته واما عند ابى حنيفة رح فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا او ملكه اياه مكاتبا ووجهه ان المكاتب انما ملك اكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق ملكه فى اكسابه ولا يتوقف فيقضى منها ويورث الباقى وقوله الا ترى الخ توجيه لعدم توقف تصرف المكاتب المرتد وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت احكامه فالاستدلال

وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد الأول على الإسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجبر تبعا للجد وأصله التبعية في الإسلام وهي رابعة أربعة مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والأخرى الوصية للقرابة

على ثبوت حكمه استدلال على ثبوته وكان يكفيه فيكون الكتابة لا تبطل بالموت الحقيقي فأولى أن لا تبطل بالموت الحكمي وهو الردة فإذا منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفى بالاستدلال على مسألة الكتاب إذا مات عن وفاء واستدلال المصنف وجه آخر خاص به بدلالة حال الرق فإنه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع أن الرق أقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فأولى أن لا يتوقف بسبب ردته والحاصل أن عقد الكتابة يقتضي الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الإسلام وأورد عليه بأن كون أحدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم أنه لا يمنع إذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد المكاتب الرق والردة فجاز أن يبقى التصرف أجيب مرة بأن جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على العدم الأصلي ومرة بأن الكتابة مطلق التصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى أحدهما وانضمام أحدهما إلى الآخر انضمام علة إلى أخرى فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة قوله وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد على الإسلام قال الولوالجي فلا تقتل كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر عليه ولا يقتل ولا يجبر ولد الولد إلا إذا جبر الولد فلا يتبع أبويه أو أحدهما في الدين فيكون مسلما بإسلامهما ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا بردتهما جبر كما يجبران وإنما لم يجبر ولد الولد لأنه لا يتبع جده بل أباه لقوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون أبواه هما الذين يهودانه الحديث أي يستتبعانه في ذلك وإنما لم يجعل تبعا لأبيه في الردة فيجبر مثله لأن ردة أبيه كانت تبعا والتبع لا يستتبع خصوصا وأصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لأنه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس لا بالقتل بخلاف أبيه وإذا لم يتبع الجد فيسترق أو توضع عليه الجزية أو يقتل لأن حكمه حينئذ حكم سائر أهل الحرب إذا أسروا وأما الجد فيقتل لا محالة لأنه المرتد بالأصالة أو يسلم وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن ولد الولد يجبر على الإسلام تبعا للجد فجعل مرتدا تبعا له قال المصنف رحمه الله وأصله التبعية في الإسلام يعني أصل الجبر على الإسلام تبعا للجد هو ثبوت الإسلام تبعا للجد وهي رابعة أربع مسائل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ورواية الحسن يكون تبعا أحدها هذه والثانية صدقة الفطر للولد الصغير إذا كان جده موسرا ولا أب له أو له أب معسر أو عبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجب عليه والثالثة جر الولاء صورتها معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لأمه وولاؤه لمولى أمه فإذا أعتق جده لا يجر ولاءه إلى مواليه عن موالي أمه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو أعتق الجد والرابعة الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالأب وتقييد الجبل بدار الحرب ليس بإخراج الجبل في دار الإسلام عن حكم المسألة أعني جبر الولد بل لإفادة حكم الجبر فيما إذا حبلت في دار الإسلام وولدت في دار الحرب بطريق أولى لأنه إذا أجبر مع أنه علق في دار الحرب وللدار جهة استتباع يقتضي أنه أبعد عن الإسلام فلا يجبر إذا علق في دار الإسلام على الإسلام أولى هذا إذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما أما إذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لأن الولد الصغير صار مرتدا تبعا للأبوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي كذا ذكروا وصح لزم أنهما لو لم يلحقا به يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من أنه ثبت له حكم الإسلام فيبقى عليه الأمر بل والأحسن ما في المبسوط من أنه خرج عن كونه مسلما باللحاق به فإن ثبوت حكم الإسلام للصغير باعتبار تبعية الأبوين والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيئا يجبر على الإسلام إذا بلغ كما تجبر الأم عليه فإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئا لأنه بقي مسلما تبعا لأمه فإن قيل كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع

قوله وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رح ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف رح ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي رح اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد لهما في الاسلام انه تبع لابويه فلا يجعل اصلا ولانه يلزمه احكاما يشوبها المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه ان عليا رض اسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهي التصديق والاقرار معا لان الاقرار عن طوع دليل على اعتقاده على ما عرف والحق انه لا يرد وما يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي يترتب عليه غيرها فلا يبالي بشوبه ولهم في الردة انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رح لانه تعلق به اعلى المنافع على ما مر ولابي حنيفة ومحمد رح فيها انها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام

الاتباع في الاسلام ابتداء لا في البقاء ما كان ثابتا الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه لا يكون فيئا بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت ناتان المسلمتان وكذا اذا كانت الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتاكد الاسلام ولا ينقطع **قوله** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رح اي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يرث منه وبه كان يقول ابو يوسف رح ثم رجع وقال ليس بارتداد واسلامه اسلام باتفاق الثلاثة فلا يرث ابويه الكافرين ويرث اقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له المؤمنة وتبطل باليه الخمر والخنزير ونحو ذلك وعن ابن ابي مالك رح عن ابي يوسف رح ان ابا حنيفة رح رجع الى قول ابي يوسف رح وقال زفر رح والشافعي رح اسلامه ليس باسلام وردته ليس بارتداد لهما اي زفر رح والشافعي رح في عدم صحة اسلامه انه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا لتباين بين صفة الاصلية والتبعية لان الاولى سمة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح تبعا لابويه فلا يجعل اصلا مستقلا به ولانه يلزمه احكاما تشوبها المضرة من حرمان الارث والفرقة بينه وبين زوجته المشركة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق ولنا فيه اي اسلامه ان عليا رض اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم اسلامه وافتخاره بذلك مشهور اما افتخاره فما نقل من قوله رض سبقتموني الى الاسلام طرا علما ما بلغت اوان حلمي واما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمس عشرة سنة فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد رح ولم تصح بل الصحيح عنه انه اسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي استقراء الحال يبطل رواية الخمس عشرة سنة لانه اذا كان يوم البعث ابن ثمان سنين فقد عاشه ثلاثا وعشرين سنة وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فهذه مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم اسناده عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رض وهو ابن ثمان وخمسين سنة قال فمتى قلنا انه كان يوم اسلامه ابن خمس عشرة سنة صار عمره ثمانيا وستين سنة وهو القول احد واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم علي رض وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه اسلم وهو ابن عشر سنين واخرج ايضا عن ابن عباس رض دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي رض يوم بدر وهو ابن عشرين سنة وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم ابن سبع او ثمان سنين وما ذكره الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعلي رض عاش ثلاثا وستين سنة يقتضي ان عمره حين اسلم كان عشر سنين وهو ما تقدم من رواية الحاكم من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه عليه السلام عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم يبلغ وقد يقال لتصحيحه عليه الصلوة والسلام اسلامه ان اريد في احكام الآخرة فمسلم وكلامنا في تصحيحه في احكام الدنيا والآخرة حتى لا يرث قاتله الكبار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صححه في حق هذه الاحكام بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم صححت اسلامه امكن ان يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا الوجه وعلى ما ذكرنا هو الوجه قيل ومن اقبح القبائح ان لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والصلوة قيل والعجب من الشافعي رح كيف يصح اختياره لاحد ابويه عند الفرقة مع ظهور انه انما يختار من يطلق عنانه الى شهوته من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخبرته فان قيل هو غير مكلف قلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة وانه تسقطا للواجب لكنا انما نختار انه يصح ليترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم بالغا وعن احمد رح ومالك رح يقتل ان لم يعد الى الاسلام قال المصنف رح ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه والتصديق الباطني يحكم به الاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد اتى به فقد دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم تدخل ولم يتصف مع الدخول والاتصاف فان قال الايمان الذي انفيه منه هو المعتبر فما دخل في الوجود لا انفيه ولكن

الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا

اقول لا يعتبر شرعا قلنا دعوى عدم الاعتبار لوجود الحقيقة اما لعدم اهلية الصحة وهو منتف لانه جعل اهلا للنبوة كما في يحيى عليه السلام وهو فرع الايمان والانفاق على اهلية الصلوة والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما واما لعدم اهلية الوجود فلزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا آنفا واما الحاجز شرعي وهو منتف و لا يليق ان يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته ومعرفته نعم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب الصلوة قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية اداء الواجب امتثالا لكنهم اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند فخر الاسلام فلانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقليته دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد بعد السبب وقع الفرض لتعجيل الزكوة واما عند شمس الائمة فلا وجوب اصلا لعدم حكمه وهو وجوب الاداء فاذا وجد وجد صار كالمسافر يصلي الجمعة ليسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم بصحة اسلامه صبيا تبعا لابويه المسلمين او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يعقل اهل الاجماع عن آخرهم واما قوله يشوبه ضرر قلنا ما تعاوره السعادة الابدية وتزول به توقع مضرة ابدية من رد اسلامه يستمر على الكفر كل عاقل بعينه ولا يبالي معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الآخر واما التنافي الذي ذكر فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعا واصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا فنقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي اصلا وفي المبسوط منع المضاربة واجاز اجتماعهما كالمرأة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم تنو السفر تكون مسافرة ولو نوته صارت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلها امرين يتايد احدهما بالآخر قال المصنف ولهم في الردة يعني الشافعي وزفر رد وابا يوسف رد انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل ابي يوسف رد لانه تعلق بهم اعلى المنافع ودفع اعظم المضار ولابي حنيفة رد ومحمد رد ما قلنا من انها موجودة حقيقة بوجود حقيقتها من الانكار والاقرار به ولا مراد للحقيقة فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر الا ترى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح منه الهبة الجواب ان الحقائق الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما يقطع فيه بالعلم او الجهل فهي التي لا يمكن عدم اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن ان يجعله عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنية يجعل صائما شرعا فاو اكل جعل مفطرا ولم يجعل صائما وكذا اصلى ثم افسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دائرة بين علمه بالمصلحة وجهله بها فلا تصح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم المصلحة لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلا في ذلك فان لم تكن حالية لذلك فمعناها بخلاف القبول فان علمنا علمه بالمصلحة يجعله جاهلا واذا ثبت الحقائق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها بالضرورة الا ترى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر قوله الا انه اي الصبي المرتد يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل وهذه رابعة اربع مسائل لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا ففي القياس يقتل كقول مالك رح والشافعي رح وقد مناه من قريب وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه ثابت

في الصبي الذي يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل

تبعا لغيره صارت شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا الثانية اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل وبه قال مالك رح واحمد رح وفي الاستحسان لا يقتل مرتدا لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلماء في صحة اسلامه في الصغر والثالثة اذا ارتد في صغره والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شيء ذكر الكل في المبسوط ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المص رح فوجه عدم قتله لانه اي القتل عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وبين ان الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط اذا كونه بحيث يناظر ويفهم ويفهم واعترض جماعة من الشارحين قول المص رح مرحمة عليهم بانه يعذب في الآخرة مخلدا فلعين بمرحوم ونقل ذلك من اسرار المبسوط وجامع التمرتاشي وقال لتمرتاشي هذه الرواية الى التبصرة فالاولى في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلماء في صحة اسلامه انتهى ولفظه في المبسوط في هذه المسئلة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امرأته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة وهو ليس من اهل ان يلتزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه سائر العقوبات ولكن لو قتله انسان لم يغرم شيئا لان من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمرأة اذا ارتدت لا تقتل ولو قتلها قاتل لم يلزمه شيء ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة وكذا لا يصح اسلامه وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران الذي لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك رح واحمد رح في رواية والشافعي رح في قول وقال في قول آخر يصح ارتداده لطلاقه قلنا الردة تبنى على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه لا يفتقر الى القصد ولذا لزم طلاق الناسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة احكام فارجع اليه في فصل ويقع طلاق كل زوج الخ **فروع** كل من ابغض رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلبه كان مرتدا فالشاب بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تقبل توبته في اسقاط القتل قالوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك رح وتقبل عن ابي بكر الصديق رض ولا فرق بين ان يجيء تائبا من نفسه او شهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تقبل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا لا اكراه والا فهو كالمجنون وقال الخطابي لا اعلم احدا خالف في وجوب قتله واما قتله في حقه تعالى فتقبل توبته في اسقاط قتله ومن هزل بلفظ كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد والالفاظ التي يكفر بها يعرف في الفتاوى واذا تهود نصراني وعكسه لا تأمره بالرجعة الى ما كان عليه لانه لا يؤمر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه اداؤها ثانيا وكذا يجب عليه الحج ثانيا ان كان حج واذا اعتق المرتد عبده ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فبموته يبطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت او حقيقة او حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم يسقط الدين فانه ينفذ والفرق في المبسوط عن عدم ملك الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو مرتد فميراث المعتقه لا المعتق الابن لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رح قال لا تقبل في القتل الا اربعة قياسا على الزنا واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو ينكر لا يتعرض له لا لتكذيب الشهود البتة بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة

باب البغاة

اهل العلم الا عند الشافعي رح في وجه في العبد الى سيده ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان الزنديق لم يلحق بدار الحرب اقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه وعند الشافعي رح واحمد رح يقام مطلقا والمبني ظاهر وقدمنا انه لا تقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يدين بدين ما من بطن الكفر ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب ان يكون حكمه في عدم قبولنا توبته كالزنديق لان ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده دينا والمنافق مثله في الاخفاء وعلى هذا فطريق العلم بحاله اما بان يعثر بعض الناس عليه او يسره الى من آمن اليه والحق ان الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق والزنديق ان كان حكمه ذلك فيجب ان يكون مسلما كفره الذي هو عدم التدين بدين او يظهر تدينه بالاسلام او غيره الى ان ظفرنا به وهو عربي والا فلو فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب ان لا يقتل وتقبل توبته كسائر الكفار المظهرين بكفرهم اذا اظهروا التوبة وكذا من علم انه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتراف حرمته وقال اصحابنا السحر حقيقة في تأثيره في ابدان الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعليم السحر حرام بلا خلاف بين اهل العلم واعتقاد اباحته كفر وعن اصحابنا ومالك رح واحمد رح يكفر الساحر بتعلمه وفعله سواء اعتقد بحرمته او لا ويقتل وقد روي عن عمر وعثمان وابن عمر رضي الله عنهم وكذلك عبد الله بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفي حديث مرفوع رواه الشيخ ابو بكر الرازي في احكام القرآن ثنا ابن قانع ثنا بشر بن موسى ثنا ابن الاصفهاني ثنا ابو معاوية عن اسمعيل بن مسلم عن الحسن عن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف انتهى يعني القتل قال وقصة جندب في قتله الساحر الكوفة عن الوليد بن عقبة مشهورة وعند الشافعي رح لا يقتل ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته واما الكاهن فقيل هو الساحر وقيل هو العراف وهو الذي يحدس ويتخرص وقيل هو الذي له من الجن من يأتيه بالاخبار قال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وان اعتقد انه تخييل لم يكفر وعند الشافعي رح ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانما تفعل ما يلتمسه كفر وعند احمد رح حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر رض اقتلوا كل ساحر وكاهن وفي رواية ان تاب لم يقتل ويجب ان لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه واما قتله فيجب ولا يستتاب اذا عرفت مرادا لله تعالى السحر لسعيه بالفساد في الارض لا بمجرد عمله اذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره واذا طلب المرتدون المواعد لا يجيبهم الى ذلك

باب البغاة

قدم احكام قتال الكفار ثم عقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغي في اللغة الطلب بغيت كذا اي طلبته قال الله تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغي ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم فالباغي في عرف الفقهاء الخارج على امام الحق والخارجون عن طاعته اصناف احدها الخارجون بلا تأويل بمنعة وبلا منعة يأخذون اموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق والثاني وهم كذلك الا انهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان اخذوا مال المسلمين قطعت ايديهم وارجلهم على ما عرف والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتأويل يرون انه على باطل كفر او معصية توجب قتاله بتأويلهم وهم لا يسمون بالخوارج يستحلون دماء المسلمين واموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقهاء وجمهور اهل الحديث حكم البغاة عند مالك رح يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم وذهب بعض اهل الحديث الى انهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله عليه الصلوة والسلام يخرج قوم من آخر الزمان احداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية يقرؤون القرآن لا يجاوز حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان في قتلهم اجرا لمن قتلهم يوم القيمة رواه البخاري وعن ابي امامة انه راى رؤوسا منصوبة على درج

وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن عليا رضي الله عنه فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به

مسجد دمشق فقال كلاب أهل النار كلاب أهل النار كلاب أهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا أبا أمامة هذا شيء تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أهل الحديث على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وذكر في المحيط أن بعض الفقهاء لا يكفر أحدا من أهل البدع وبعضهم يكفر من بعض أهل البدع وهو من خالف بدعته دليلا قطعيا ونسبة أكثر أهل السنة إلى النقل الأول أثبت نعم يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم المجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في أول الباب من حديث الكثير الخضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قول الخضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل أبواب كندة فإذا نفر خمسة يشتمون عليا رضي الله عنه وفيهم رجل عليه برنس يقول أعابد الله لأقتلنه فتعلقت به وتفرقت أصحابه فأتيت به عليا رضي الله عنه فقلت إني سمعت هذا يعابد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من أنت فقال أنا سواد المنقري فقال علي رضي الله عنه خل عنه وقد كان عابد الله ليقتلنك فقال قتلته ولم يقتلني قلت فإنه قد شتمك قال فما شئت إن شئت أدعه ففي هذا دليل أن ما لم يكن بالخارجين منعه لا يقتلهم وأنهم ليسوا كفارا لا بالشتم علي ولا بقتله إلا إذا استحله فإن من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بأن لا يكون القتل بغير حق أو عن تأويل واجتهاد يؤديه إلى الحكم بحله بخلاف المستحل بلا تأويل وإلا لزم تكفيرهم لأن الخوارج يستحلون القتل بتأويل لهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكر محمد رحمه الله أيضا حيث قال وبلغنا عن علي رضي الله عنه أنه بينما هو يخطب يوم الجمعة إذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم مع أيدينا ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا ثم أخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج يداهم بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون بذلك إذا أخذ علي رضي الله عنه في الخطبة ليشوشوا خاطره فإنهم كانوا يقصدون بذلك نسبته إلى الكفر لرضاه بالتحكيم في صفين ولهذا قال علي رضي الله عنه كلمة حق أريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل أن الخوارج إذا قاتلوا الكفار مع أهل العدل يستحقون من الغنيمة ما يستحقه غيرهم من المسلمين وأنه لا يعذر بالتعريض بالشتم لأن نسبته إلى الكفر شتم عرضوا به ولم يصرحوا والرابع قوم من مسلمين خرجوا على إمام العدل ولم يستجيبوا لما استباحه الخوارج من دماء المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة **قوله** وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة إمام الناس به في أمان والطرقات آمنة دعاهم إلى العود إلى الجماعة وكشف عن شبهتهم التي أوجبت خروجهم لأن عليا رضي الله عنه فعل ذلك بأهل حروراء قبل قتالهم وليس ذلك واجبا بل مستحب لأنهم كمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا ويستحب وحروراء اسم قرية من قرى الكوفة وفيه المد والقصر ومنه قول عائشة رضي الله عنها لمعاذة أحرورية أنت أسند النسائي في سننه الكبرى في خصائص علي رضي الله عنه إلى ابن عباس رضي الله عنه قال لما خرجت حرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة آلاف فقلت لعلي رضي الله عنه يا أمير المؤمنين أبرد بالصلاة لعلي أكلم هؤلاء القوم قال إني أخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي وتنعلت حتى دخلت عليهم في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس رضي الله عنه ما جاء بك قلت أتيتك من عند أصحاب النبي المهاجرين والأنصار من عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القرآن وهم أعرف بتأويله منكم وليس فيكم منهم أحد لأبلغكم ما يقولون وأبلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت ما نقموا ما نقمتم على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وابن عمه وختنه وأول من آمن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا إحداهن أنه حكم الرجال في دين الله وقد قال الله تعالى إن الحكم إلا لله قلت هذه واحدة قالوا وأما الثانية فإنه قاتل ولم يسب ولم يغنم فإن كانوا كفارا لقد حلت لنا نساؤهم وأموالهم وإن كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه أخرى قالوا وأما الثالثة فإنه محى نفسه من أمير المؤمنين فإن لم يكن أمير المؤمنين فإنه أمير الكافرين قلت هل عندكم

ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه فان بدؤه وقاتلوه حتى يفرق جمعهم قال الشيخ فكذا ذكره القدوري في مختصره وذكر
الامام المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا
بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس الكفر سبب عنده ولنا ان الحكم يدار
على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لانه لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع
فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم
ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رح
من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام اما اعانة الامام الحق فمن الواجب عند الغناء والقدرة

شيء غير هذا قالوا سبحانك ما علمت لهم الا خيرا ثم ان قرأت عليكم من كتاب الله وحدثتكم من سنة نبيه ما يرد قولكم هل ترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم
انه حكم الرجال في دين الله فانا اقرأ عليكم ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارنب ثمنها ربع درهم قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله
يحكم به ذوا عدل منكم وقال في المرأة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما فحكم الرجال في حقن دمائهم و
انفسهم واصلاح ذات بينهم احق ام في ارنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم بل في حقن دمائهم واصلاح ذات بينهم قلت اخرجت من هذه
قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم يسب ولم يغنم اتسبون امكم عائشة رض فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي امكم فان
فعلتم فقد كفرتم فان قلتم ليست امنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وازواجه امهاتهم فانتم بين ضلالتين فاتوا منهما مخرجا اخرجت من هذه
الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه محى نفسه من امير المؤمنين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا فقالوا اكتب هذا
ما قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن اكتب محمد ابن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتموني
يا علي رض اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله عليه وسلم خير من علي رض فقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى
قالوا اللهم نعم فرجع منهم الفان وبقي سائرهم فقتلوا على ضلالتهم قتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم ان عبد الله بن شداد استحكمت عائشة رض
عن الذين قتلهم علي رض فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية آلاف من قراء الناس فنزلوا بارض يقال لها حرورا من جانب الكوفة الى
ان قال فبعث اليهم علي عبد الله بن عباس فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكرهم قام ابن الكوا خطيبا فقال يا حملة القرآن هذا عبد الله بن عباس فمن
لم يكن يعرفه فانا اعرفه من كتاب الله ما يعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فرده الى صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباؤهم
وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس الكتاب ووضعوه ثلاثة ايام فرجع منهم اربعة آلاف فيهم ابن الكوا حتى ادخلهم الكوفة على علي رض
الى آخر الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم **قوله** ولا يبدأ بقتال حتى يبدؤه هكذا ذكر القدوري وهو بناء على ما ذكرناه من قول علي رض ولن نقاتلكم حتى
تقاتلونا وذكر الامام الاجل المعروف بخواهر زاده ان عندنا يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة
وهو قول مالك رح واحمد رح واكثر اهل العلم لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم اي البغاة مسلمون لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا
ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله ونحن ادرنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال
والامتناع لانه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوي شوكتهم وتكثر جموعهم خصوصا والفتنة تسرع اليها اهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما ابيح القتال
الا للحرابة والبغاة كذلك ويجب على كل من اطاق الدفع ان يقاتل مع الامام الا ان ابدوا ما يجوز لهم القتال لان ظلمهم او ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه يجب
ان يعينوهم حتى يتفقوهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها انه ظلم مثل تحميلهم بعض الجنايات التي للامام اخذها والحاق الضرر بها لدفع ضرر
اعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب من المنجنيق وارسال الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الاخت وكان ابن اخت القاضي الامام
ابن ثابت قاضي سمرقند واسم خواهر زاده محمد وكنيته ابو بكر واسم ابيه حسين البخاري وهو معاصر لشمس الائمة السرخسي وموافق له في اسمه وكنيته لان شمس الائمة اسمه محمد
وكنيته ابو بكر بن سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الآخر وهو عام ثمان وثمانين واربعمائة وفخر الاسلام ايضا معاصر لهما وتوفي سنة احدى وثمانين واربعمائة واذا بلغه
يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رح من قوله

فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع مولّيهم دفعاً لشرهم كيلا يلتحقوا بهم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولّيهم لاندفاع
الشر دونه وقال الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق قتالهم دفعاً وجوابه ما ذكرناه ان المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى
لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رض يوم الجمل ولا يقتل اسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في الاسير
تاويله اذا لم يكن لهم فئة فان كانت يقتل الامام الاسير وانشاء حبسه لما ذكرنا ولانهم مسلمون والاسلام يعصم النفس والمال الا بامر يأتي بيانه وحبسهم
انما حبس المسلمين اليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له انه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به بغير اذنه ولنا ان عليا رض قسم السلاح فيما بين اصحابه
بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى والمعتبر فيه الحاجة لا الضرر الا ترى انه لو لم يحبس الامام مولّيهم لا يردها عليهم لا يقسمها
حتى يتوبوا فيردها عليهم اما عدم القسمة فلما بيناه واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم فلذا يحبسها عنهم وان كان لا يحتاج اليها الا انه يسلم الكراع لان حبس الثمن انظر وليس له ان يرد بعد التوبة فلا عدم الضرر ولا يستغنى

الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله عليه الصلوة والسلام من فر من الفتنة احتبس الله رقبته من
النار وقال لواحد من الصحابة رض كن حلسا من احلاس بيتك رواه عنه الحسن بن زياد فمحمول على ما اذا لم يكن له امام وما روي عن جماعة من الصحابة رضهم انهم
قعدوا في الفتنة محمول على انه لم يكن لهم قدرة ولا غنى وربما كان بعضهم في تردد من حل القتال كما روي عن بعضهم انه اتى عليا رض يطلب عطاءه من بيت
المال فمنعه علي رض وقال له اين كنت يوم صفين فقال ابتغي سيفا اعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله محمد وانما قال فقاتلوا التي تبغي حتى
تفيء الى امر الله وما روي اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار محمول على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين اهل القرى ومحلتين
او لاجل الدنيا والمملكة قال الذهبي يصح عن ابي وائل عن ابي بسرة عمرو بن شرحبيل قال رأيت كان قبابا في رياض فقلت لمن هذه قالوا لذي الكلاع
واصحابه ورأيت كان قبابا في رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر واصحابه فقلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة
انتهى وهذا لان قتالهم عن اجتهاد **قوله** فان كان لهم فئة اجهز على جريحهم اي يسرع في اماتتهم واتبع مولّيهم على البناء للمفعول فيهما لتقتل والاسر دفعا لشرهم
كيلا يلتحقا اي الجريح والمولي بهم اي بالفئة على معنى القوم وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع مولاهم لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب
وقال الشافعي رح واحمد ايضا لا يجوز ذلك اي الاجهاز والاتباع في الحالين حالي الفئة وعدمها لان القتال اذا تركوه بالتولية والجراحة المعجزة عنه لم يبق
قتالهم دفعا ولا تجوز قتلهم الا دفعا لشرهم ولما روى ابن ابي شيبة عن عبد خير عن علي رض انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريحهم ومن القى سلاحه
فهو آمن واسند ايضا ولا يقتل اسير وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته لان قتل من ذكرنا اذا كان له فئة لا يخرج عن كونه
دفعا لانه لا يتحيز الى الفئة ويعود شره كما كان واصحاب الجمل لم يكن لهم فئة اخرى سواهم **قوله** ولا يسبى لهم ذرية اذ لم يظهر عليهم ولا يقسم لهم ماله بين المقاتلة لقول علي رض
فيما روى ابن ابي شيبة ان عليا رض لما هزم طلحة واصحابه امر مناديه فنادى ان لا يقتل مقتل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال وروى
عبد الرزاق نحوه وزاد وكان علي رض لا يأخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيئا فليأخذه وفي تاريخ واسط باسناده عن علي رض انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على
جريحهم ولا تقتلوا اسيرا واياكم والنساء وان شتمن اعراضكم وسببن امراءكم ولقد رأينا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المرأة بالجريدة او بالهراوة فيعير بها
هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال هل تدري يا ابن ام عبد كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله اعلم قال لا يجهز على جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب هاربها
ولا يقسم فيئها واعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال محمد بلغنا ان عليا رض القى ما اصاب من عسكر اهل النهروان في الرحبة فمن عرف شيئا
اخذه حتى كان آخره قدر حديد لانسان فاخذه وقول علي رض في الاسير تاويله اذا لم تكن لهم فئة فان كانت فالامام بالخيار ان شاء قتل الاسير وان كان عبدا يقاتل
وان شاء حبسهم والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه تحبس لما ذكرنا من دفع الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى هذا اعتبار ان يحكم نظره فيما هو احسن
الامرين من كسر الشوكة من قبله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي واذا اخذت المرأة من اهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا في حال مقاتلتها
دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها من الشر والفتنة **قوله** ولا بأس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج اهل العدل اليه وكذا الكراع يقاتلون عليه وقال الشافعي رح
لا يجوز استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا ترد قبله لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك الا برضاه ولنا ان عليا رض الخ يريد ما روى ابن ابي شيبة في آخر مصنفه
في باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية ان عليا رض قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه من تخير كراع وسلاح قال المصنف وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولولا ان

قال وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا لان ولاية الاخذ له باعتبار الحماية ولم يحمهم وان كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه نفذ اخذهم ايها منهم وبين انه ذا ان يعيد ذلك لانه لم يصل الى مستحقه قال العبد الضعيف رحمه الله قالوا لا اعادة عليهم في الاموال لانهم مقاتلة فيها مصارف وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك لانه حق الفقراء وقد سماه في الزكوة وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم وله ولايته ومن قتل رجلا منهما من عسكر اهل البغي فحقه عليه واجب ولا شيء عليه لانه لا ولاية للامام العدل حين القتل فلم ينعقد وجبا كما لو قتل في دار الحرب وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتاويله اذا لم يحكم على اهله احكامهم واذا حكم بذلك لم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص واذا قتل رجلا من اهل العدل خطأ فانه يرثه فان قال الباغي وقال قد كنت على حق وانا الآن على حق ورثته وان قال قتلته وانا اعلم انه على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله واصله ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا اثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ولا اثم وقال الشافعي رحمه الله في القديم انه يجب وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا ما روي عن الصحابة رضي الله عنهم انه لا يضمن وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له وهذا لان الاحكام لا بد لها من الالتزام اذ لا التزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تاويل فاسد والفاسد منه صلح بالصحيح اذا انضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب تاويلهم وهذا لان الاحكام اعتقادا تختلف الا ترى انه لا منعة في حالة الشارع اذا ثبت هذا فنقول قتل العادل قتل الباغي قتل بحق فلا يمنع الارث وابي يوسف رحمه الله في قتل الباغي العادل ان التاويل الفاسد انما يعتبر في حق الدفع لحاجتهما الى استحقاق الارث فلا يكون التاويل معتبرا في حالة الارث ولهما فان حاجة الدفع الحرمان ايضا اذ القرابة سبب الارث فيعتبر المقاتل فيه لا ان من بقاؤه على دينه ثابتا وان كانت على باطل حيث اللغو فوجب اعتبارها فيه اجماعا كان التملك ببعض الظواهر في مملكة خان ابن ابي شيبة اسند عن ابي البختري لما انهزم اهل الجمل قال علي رضي الله عنه لا تطلبوا من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة او سلاحة فهو لكم وليس لكم ام ولد واي امرأة قتل زوجها فلتعتد اربعة اشهر وعشرا قالوا يا امير المؤمنين يحل لنا دماؤهم ولا يحل لنا نساؤهم فخاصموه فقال بانوا نساءكم واقرعوا على عائشة رضي الله عنها وهي راس الامر وقائدهم قال فخصمهم على رضي الله عنه وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المصنف رحمه الله لان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل اي نستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه ففي مال الباغي اولى والمعنى المجوز فيه لانه دفع الضرر الاعلى وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين بالضرر الادنى وهو اضرار بعضهم لدفع ضرر كلهم ويحبس الامام اموالهم لدفع شرهم واضعافهم بذلك ولا يرد بها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيرد بها عليهم وعلى ورثتهم اذا ظهر ذلك واذا حبسها كان بيع الكراع اولى لان حبس الثمن انظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه هذا اذا لم يكن للامام بها حاجة **قوله** وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا يأخذه الامام ثانيا اذا ظهر على البغاة لان ولاية الاخذ له انما كانت لحمايته اياهم ولم يحمهم وما قيل ان عليا رضي الله عنه لما ظهر على اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه فيه نظر لان الخوارج لا نعلم انهم غلبوا على بلدة فاخذوا جبايتها قالوا وكان ابن عمر رضي الله عنه اذا اتاه ساعي الحرورا دفع اليه زكوته وكذا سلمة بن الاكوع ثم ان كان صرفوه الى حقه اي الى مصارفه اجزا من اخذ منه ولا اعادة عليه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من اخذ منهم ان يعيدوا الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى قال المصنف رحمه الله قالوا اي المشايخ لا اعادة على الارباب في الخراج لانهم الى البغاة مقاتلة وهم مصرف الخراج وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك وان كانوا اغنياء افتوا بالاعادة وكذا في زكوة الاموال كلها لو اخذوها وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكوة فارجع اليه **قوله** من قتل رجلا الخ يعني اذا كان رجلا من اهل البغي قتل احدهما الآخر لا يجب على القاتل دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح قتلها الا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء فان كان مباح القتل لم يجب به شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية لامامنا عليهم فلم يجب شيء فصار كالقتل في دار الحرب وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في اوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه **قوله** وان غلبوا على مصر من امصار اهل العدل فقتل رجل من اهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه ومعنى المسئلة كما قال فخر الاسلام انهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى ازاحهم امام العدل عن اهل المصر اخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم ينقطع ولاية الامام فوجب القود اما لو جرى حكمهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة **قوله** اذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه بالاتفاق لانه مامور بقتله فلا يحرم الميراث به وان قتل الباغي العادل وقال كنت على الحق وانا الآن على الحق ورثه فان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يرث الباغي العادل في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله واصله اي اصل هذا الخلاف في ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن عندنا ولا اثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق والباغي اذا قتل العادل بعد قيام منعتهم وشوكتهم لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم وبه قال احمد رحمه الله والشافعي رحمه الله في قول الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه اتفاقا وكذا يضمنون المال وقال الشافعي رحمه الله في القديم يضمن وبه قال مالك رحمه الله لانها نفوس واموال معصومة فتضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا وعلى هذا الخلاف اذا مات المرتد وقد اتلف نفسا او مالا ولنا انه اتلاف ممن لا يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على اهل الحرب في الحاصل ان نفي الضمان منوط بالمنعة مع التاويل فلو تجرد المنعة على التاويل كقوم غلبوا على اهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال بتاويل ثم ظهر عليهم اخذوا بجميع ذلك ولو تجرد التاويل عن المنعة بان افرد واحد او اثنان

قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

فقتلوا واخذوا عن تاويل ضمنوا اذا تابوا او قدر عليهم والدليل على ما ذكرناه اجماع الصحابة رض بروايه الزهري قال عبد الرزاق في مصنفه ثنا معمر قال اخبرني الزهري ابن سليمان بن هشام كتب اليه يسأله عن امراة خرجت من عند زوجها وشهدت على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم رجعت الى اهلها تائبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رأيهم على ان لا يقيموا على احد حدا في فرج استحلوه بتاويل القرآن ولا قصاص في دم استحلوه بتاويل القرآن ولا برد مال استحلوه بتاويل القرآن الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه واني ارى ان ترد على زوجها وان لم يجد من افترى عليها قال المصنف ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل ملحق بالصحيح اذا ضمت اليد المنعة في حق الدفع اي نفي الضمان وصار كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم ولا يخفى ان هذا الاعتبار وهو الالحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح لشرط انضمام المنعة اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى الاجماع المنقول من الصحابة رض والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الزامه ثابتا فاذا ثبت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقول الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مغيبة بما ذكرنا كان ذلك اصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول ابو يوسف رح الحاق التاويل الفاسد بالصحيح بقول الصحابة رض كان في دفع الضمان والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق فالحاقه به بلا دليل وهما يقولان المتحقق من الصحابة رض جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا لما لولاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الا ترى لو لا تلك المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فيتناول ما نحن فيه فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وجد عن اعتقاد الحقية مع المنعة فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث **قوله** ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة باس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه ويكره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها ولا يكره بيع الخشب المتخذة هي منه وعلى هذا بيع الخمر لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع الى الخاصة ذكره في الفوائد الظهيرية **فرع** اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلمين لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوي عليهم ولا يؤخذ منهم عليها شيء لانهم مسلمون ومثله في المرتدين الا انهم اذا اخذوا ملكوا انهم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغي تقدم انهم لا يضمنون ما اتلفوا وفي المبسوط روي عن محمد رح قال يضمنون ما اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك في الحكم قال شمس الائمة وهذا صحيح فانهم كانوا مستقدين الاسلام وقد ظهر لهم خطاؤهم الا ان ولاية الالزام كانت منقطعة للمنعة فيتمكنون بدولة استعلاء اهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد كما ان هذا الفعل من اهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليهم من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا ماتزمين حكم الاسلام في المعاملات وان يكونوا من اهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة فاعطى كل فريق رهنا على ان ايما عبد يقتل الآخرون الرهن فقد اهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك اهل البغي او يتوبوا لانهم صاروا آمنين بالموادعة او باعطائنا الامان لهم حين اخذنا رهنا والغدر من غيرهم لا يؤاخذون به لكن يحبسون مخافة ان يرجعوا الى قبيلتهم وكذا اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى

بالالحاق

كتاب اللقيط

يسلموا فان ابوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية لانهم خلصوا من ايدينا آمنين وحكى ان المنصور كان ابتلى بدمع اهل الموصل ثم انهم غدروا فقتلوا رهبة فجمع العلماء يستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ابو حنيفة رح ساكت فقال له ما تقول فقال ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل لك شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولا تزر وازرة وزر اخرى فاغلظ عليه القول وامر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشيء الا استغنى بما اكره ثم جمعهم عن الغد وقال تبين لي ان الصواب ما قلت فماذا تصنع بهم قال سل العلماء فسألهم فقالوا لا علم لنا قال ابو حنيفة رح توضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التابيد والكافر اذا رضي بذلك توضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه فقال اذا امن رجل من اهل العدل رجلا من اهل البغي جاز امانه لانه ليس اعلى شقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج الى مناظرته ليتوب ولا يتاتى ذلك ما لم يأمن كل من الآخر ومنه لمن يقول لا بأس عليك ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود والحكم بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق رجل من اهل مصره شهادة من شهد عنده ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجازه وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن يسكن عندهم انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقة ويكره اخذ رسومهم فيطاف بها في الآفاق لانه مثله وجوزه بعض المتاخرين اذا كان فيهم طائفة قاوب اهل العدل او كسر شوكتهم ويكره للعادل قتل ابيه او اخيه عن اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط واذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر دمه حين وقف في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستأمنا في دارنا وهذا لبقاء شبهة الاباحة في دمه واذا حمل العادل على الباغي فقال تبت والقى السلاح كف عنه كذا لو قال كف عني حتى انظر لعلي اتوب والقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله ومتى القاه كف عنه بخلاف الحربي لا يلزمه الكف عنه بالقائه السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم آخرون من اهل البغي فاردوا ان يسبوا ذراري اهل المدينة وجب على اهل البلد ان يقاتلوا دون الذراري لانهم لا يسبون فوجب قتالهم واذا وادع اهل البغي قوما من اهل الحرب لا يحل لاهل العدل غدرهم لانهم مسلمون وامان المسلم اذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من اهل العدل ان يشتري منهم ولو ظهر اهل البغي على اهل العدل فلجأ بهم الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا المشركين مع اهل الشرك لان حكم اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر ولا بأس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون لاعزاز الدين والاستعانة عليهم لقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفعت اقضيته الى قاضي العدل نفذ منها ما هو عدل وكذا ما قضاه برأي بعض المجتهدين لان قضاء القاضي في المجتهدات نافذ وان كان مخالف الرأي قاضي العدل ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهر عليهم سبوا اهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم امان منهم لهم حتى يلزمنا تأمينهم على ما قدمنا لان المستأمن من يدخل دار الاسلام تاركا للحرب وهؤلاء ما دخلوا الا ليقاتلوا المسلمين +

كتاب اللقيط

عقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للفوات وقدم اللقيط على اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال واللقيط لغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل بمعنى مفعول كالولد المطروح خوفا من العيلة او من تهمة الزنا باعتبار مآله لانه يلتقط في العادة كالقتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه ولا التقاط مندوب اليه

اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه وان غلب على ظنه ضياعه فواجب

قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه لعموم الولاية **قال** فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ له لسبق يده

من احياء نفس مسلمة اذا لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا وقول الشافعي ؟ وباقي الائمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا غلب على الظن ضياعه او هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت الزامه بقطعي فرض **قوله** اللقيط حر كان الملتقط عبدا اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف امه لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد على احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل في بني آدم الحرية لانهم اولاد خيار المسلمين آدم وحوا وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فما لم يتيقن بالعارض لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب والغالب في جميع الدنيا الاحرار **قوله** ونفقته في بيت المال اي اذا لم يكن له مال وهذا بلا خلاف واصله ما روى مالك رحمه الله في الموطأ عن سنين ابي جميلة رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فجئت به الى عمر رضي الله عنه فقال ما حملك على اخذ هذه النسمة فقال وجدتها ضائعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المؤمنين انه رجل صالح قال كذلك قال نعم قال اذهب به فهو حر فعلينا نفقته وعن مالك رحمه الله رواه الشافعي رحمه الله في مسنده وقال البيهقي وغير الشافعي رحمه الله يرويه عن مالك رحمه الله ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انبأنا مالك رحمه الله عن ابن شهاب حدثني ابو جميلة انه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتاه به فاتهمه عمر رضي الله عنه فاثنى عليه خيرا فقال عمر رضي الله عنه هو حر وولاؤه لك ونفقته من بيت المال وتهمة عمر رضي الله عنه دل عليها ما في رواية محمد رحمه الله عنه في حديث ابي جميلة ان قال له عسى الغوير ابوسا وهو مثل لا يكون ظاهره خلاف باطنه واول من قاله الزباء وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغي ان يأتي به الى الامام او الا ليس بلازم نعم من لم يشرع بالانفاق وقصد ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة يحتاج ان يأتي به اليه فاذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج من بيت المال نفقته الا ان تقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر رضي الله عنه عسى الغوير ابوسا والوجه انه لا يتوقف على البينة بل لم يرجح صدقه الا ترى ان عمر رضي الله عنه لما قال عريفه انه رجل صالح اتفق عليه فان هذه البينة ليست على اوضاع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر وانما كانت ترجح صدقه في اخباره بالالتقاط وكذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم يكن على خصم قال الواقدي وحدثني محمد بن عبد الله بن اخي الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر رضي الله عنه اذا اتي بلقيط فرض له ما يصلحه رزقا يأخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري عن زهير بن ابي ثابت عن فضل بن الوسر عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به الى علي رضي الله عنه فالتقطه على ماله ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة اغنياء تجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال كالمقعد الذي لا مال له ولا ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان اي لبيت المال غنمه اي ميراثه ودية حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على اهل تلك المحلة دية لبيت المال وعليهم القسامة وكذا اذا قتله الملتقط او غيره خطأ فالدية على ما قتله لبيت المال ولو قتله عمدا فالخيار الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه ولهذا كانت جنايته في بيت المال وبدأ محمد رحمه الله بحديث الحسن ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا رضي الله عنه فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذي وليت منه احب الي من كذا وكذا فحرض على ذلك ولم يأخذه منه بالولاية العامة وهي الامامة لانه لا ينبغي للامام ان يأخذه من الملتقط الا بسبب يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به **قوله** والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم ولايته على ان يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب الا انه يأمره القاضي به فيكون دينا عليه يعني بهذا القيد بان يقول انفق عليه ويكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا ان يأمره الى آخره بقيد انه لو امره ولم يقل ليكون دينا لا يرجع بما انفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق انما يوجب ظاهرا ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان امر القاضي

فنفقته

فالنفقة

فان ادعى مدعى انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا استحسان والقياس ان لا يقبل قوله يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعيّر بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل يستبقى عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس والاستحسان وقد عرف في الاصل وان اعاده اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به لان ابناء مرشاهد له موافقة العلامة كالاول وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه لانه ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى واذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره

كامر اللقيط بنفسه اذا كان كبيرا لعموم ولاية القاضي فاذا انفق بالامر الذي يصير دينا عليه يبلغ فادعى انه انفق عليه كذا وان صدق اللقيط رجع به عليه وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف ومعناه اذا لم يدع الملتقط نسبه يعني سابقا على دعوى المدعي او مقارنا اما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى وان ادعياه معا فالملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلم لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد اولى وهو الذي يحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسان والقياس ان لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه اذ يعيّر به ويحصل له من القوم تربية ومؤنة راغبا في ذلك غير ممتن به ويد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب انتقال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء ولم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء واما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد فقيل يصح قياسا واستحسانا لانه ليس فيه قياس يخالفه والصحيح انهما ايضا فيه الا ان وجه القياس فيه غيره في دعوى الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي احال المصنف عليه ولو ادعاه اثنان خارجان معا فوصف احدهما علامة في جسده فطابق فهو اولى به من الآخر الا ان يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة او كان مسلما وذو العلامة ذميا فيقدم المسلم ولو اقاما البينة واحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف احدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق والدعوى وكذا لو اقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوة احدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع فيه وانما قدم ذو العلامة لترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ادعاء اثنين حينا في يد ثالث وذكر احدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بلا حجة لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد الدعوى بل البينة فلو قضي له لكن اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة ترجيح احد السببين على الآخر ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام احدهما البينة انه كان في يده قبل ذلك كان احق به لظهور تقدم اليد وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي رحمه الله يرجع الى القافة على ما قدمناه في باب الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف رحمه الله وهو رواية عن احمد رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يلحق باكثر من ثلاثة وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين وعن ابي حنيفة انه جوز الى خمسة ولو ادعته امرأة لا تقبل الا ببينة لان فيه تحمل النسب على الغير وهو الزوج وان ادعته امرأتان واقامتا البينة فهو ابنهما عند ابي حنيفة رحمه الله في رواية ابي حفص رحمه الله وعندهما لا يكون واحد منهما وهو رواية عن ابي سليمان عنه وهذا كله في حال حياة اللقيط فهو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يقبل الا ببينة على ذلك قوله واذا وجد اللقيط في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق في ذلك بين كون ذلك المصر كان مصرا للكفار ثم افتتحوه فظهرنا عليه اولا

وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة
وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي رواية كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي
كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح لقوة اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية
الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل
منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد ان انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه
وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك

ولا يمكن فيه كفار كثيرون او لا فان اعاده ذمي انه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه انه لان في ثبوت
نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت تعيين جهة النسب وهو يقع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرر
وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر بجواز مسلم هو ابن كافرين اسلمت امه فصححنا دعوته فيما ينفعه في ثبوت النسب
دون ما يضره الا اذا اقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد رح في الرجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني وعليه
زي اهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك ان يكون في رقبته صليب او عليه قميص ديباج او وسط راسه محروز انتهى ولا ينبغي ان يجعل قميص
الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين كثيرا ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن ذمي وهو مسلم فيجب ان ينزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان كما قلنا
في الحضانة اذا كانت امه المطلقة كافرة قوله وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة في دار الاسلام كان ذميا بكذا قال القدوري رح
قال المصنف رح هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان او في قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة او كان
الواجد ذميا لكن وجده في مكان المسلمين واختلفت الرواية فيه وفي كتاب اللقيط العبرة بالمكان في الفصلين وهو ما اذا كان الواجد مسلما
في نحو الكنيسة او ذميا في غيرها في دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى
اختلف النسخ في بعض النسخ اعتبر الواجد في الفصلين وهو رواية ابن سماعة في الفصلين لان اليد اقوى من المكان الا يرى انا الصبي المسبي
مع احد الابوين الى دار الاسلام يكون كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات وفي بعض النسخ اي النسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام في
ما يصير الولد مسلما نظرا للصغير ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك وعلى هذا لو وجده كافر في دار الاسلام او مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور اربعا
اتفاقيتان وهما اذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم وكافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهو مسلم في كنيسة او كافر في نحو قرية
للمسلمين وفي كفاية البيهقي رح قيل يعتبر بالسيما والزي لانه حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم اي يعرف المجرمون بسيماهم وفي المبسوط كما لو اختلط الكفار
يعني موتانا بموتاهم الفصل بالزي والعلامة فلو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيانا حوله القرآن يزعم انه مسلم يجب الاخذ بقوله
قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الاصل الحرية لما قدمنا الا ان يقيم بينة لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا تقبل لا الملتقط
خصم لانه حق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الاوجه والفرق
ان يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي اوجبت اعتبار يد الملتقط فتزال الحصول ما يفوق المقصود
من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك مما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة قوله فان ادعى عبدان انه ابنه
ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فيكون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع امه في الحرية والرق فيقبل فيما ينفعه
دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك اذا لم تضف ولادته الى امرأة امة فان اضافت
الى امرأة الامة ففيه خلاف بين ابي يوسف رح ومحمد رح ذكره في الذخيرة ان الولد حر عند محمد رح وعند ابي يوسف رح عبد محمد رح يقول في دعوى العبد
نفع هو النسب وضرر هو الرق واحدهما منفصل عن الآخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وابو يوسف رح يقول المناصفة الشرع في ثبوت النسب لصيانة فيما كان
من ضروراته تبعا فيحكم برقه تبعا بخلاف الذمي فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذمي انه من زوجتي الذمية لا يصدق

والحر في دعوى اللقيط اولى من العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا لما هو الاقوى ثم يدفع اللقيط الى مستدعيه ثم يسلم اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو يسلمها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه اللقيط ظاهرا وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد له منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق له ولا يتجر ويربح الملتقط لعدم سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا يتصرف في مال الملتقط اعتبارا للام فعلى هذا لا ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة الموجودة في احدهما قال ويجوز ان يقبض الهبة لانه نفع محض فهذا يملك الصغير بنفسه اذا كان عاقلا ويملكه الام وصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ ماله قال ويواجره قال الفقيه لضعيف هذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره ذكره في الكراهية فهو الصحيح والاول انه يجوز الى التثقيف وجه الثاني انه يملك اتلافه تاما فاشبه الام بخلاف الام لانها تملكه ما لا تملكه على ما نذكره في الكراهية انشاء الله تعالى

قوله والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد يعني اذا ادعياه وهما خارجان لما قدمنا انه اذا كان الملتقط ذميا او عاد مع مسلم خارج رجح عليه وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه والمسلم انه عبده فهو ابن الذمي لانه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم بابنه الاسد ولا كذلك في دعوى رقه الا ان يقيم بينة رقه فيكون رقيقا كما ان الذمي اذا ادعاه ابنا له واقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد محجور فذكر انه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد المحجور لا يد له على نسبه فما في يده كما في يد المولى وكذا لو اقر بعين في يده الآخر وكذبه المولى لا يصح اقراره كما لو كان في يد المولى ولو كان العبد ماذونا في التجارة فالقول قول العبد لان للماذون يدا على نفسه حتى صح اقراره بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا الا ان يقيم سيده بينة انه عبده قوله واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او دابة هو مشدود عليها فالكل له بلا خلاف اعتبارا للظاهر اي وضع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك ابقاء يده مع حرية المحكوم بها وقوله لما ذكرنا يريد قوله اعتبارا للظاهر ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضائع اي لا حافظ له ومالك وان كان بعيدا فلا قدرة له على الحفظ وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وكذا الغير الواجد بامره والقول قوله في نفقة مثله وقيل له صرفه عليه بغير امر القاضي ايضا لانه للقيط كما حكمنا به والواجد الانفاق وشراء ما لا بد له منه من الطعام والكسوة لانه من الانفاق وشراء ما لا بد له عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق اي للواجد ولاية الانفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه وبه قال احمد رح ولا يجوز للملتقط ترويج اللقيط واللقيطة لانعدام سبب ولاية الانكاح من القرابة والملك والسلطنة وهذا بلا خلاف ولا تصرفه في ماله بيع ولا شراء شيء ليستحق بالثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتبارا بالام فانها لا تجوز لها ذلك مع انها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالترويج عند عدم العصبة فعدم ملكه لذلك اولى وهذا اي عدم تصرف كل من الام والملتقط بالبيع ونحوه لان ولاية التصرف انما هو لتثمير المال وذلك انما يتحقق بالرأي الكامل فالشفقة الوافرة الموجودة من كل منهما احدهما لان في الام شفقة كاملة مع قصور في الرأي وفي الملتقط رأي كامل مع قصور شفقة لعدم القرابة ونظير ما ذكر المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها غير الاب والجد من كتاب النكاح قوله ويجوز ان يقبض اي الملتقط للقيط الهبة والصدقة عليه لانه نفع محض ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان عاقلا وتملكه الام ووصيها قال القدوري رح وليس له ان يسلمه في صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ ماله عن الشتات وصناعته عن الفساد ثم قال القدوري رح وله ان يواجره لانه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره ذكره في الكراهية قال المصنف وهو الاصح لانه لا يملك اتلافه منافعه فلا يملك تمليكها فاشبه العم بخلاف الام لانها تملك اتلاف منافعه بالاستخدام والاعارة بلا عوض فبالعوض بالاجارة اولى ش ادعاء الملتقط عبدا له بعد ما عرف الالتقاط لا يصدق الا ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي واقام بينة من اهل الذمة انه ابنه لا عبرة بها لان نسبه ثبت بمجرد دعواه واثر بينته في كونه كافرا ولا يثبت به ذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عبدا احدهما يقضى به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم اولى بحفظه ولانه يعلم احكام الاسلام بخلاف الكافر واذا بلغ اللقيط فقال انه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل ان يقضى عليه بما لا يقضى به الا على الاحرار كالحد الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه يكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي اقر له بالرق ولو كانت اللقيطة امرأة فاقرت بالرق ثبت ما كبرت ان كان

كتاب اللقطة

قال اللقطة امانة اذا اشهد ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو افضل عند عامة العلماء وهذا اذا خاف الضياع على ما قالوا واذا كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك اذا اشهد حفاظا انه اخذها لمالكها لان تصادقهما حجة في حقهما فصار كما بينه ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه قال لاخذ اخذته لمالكه وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرؤه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعه اشهد لقطة فدفعوه على واحدة كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس

بعد التزويج صح وكانت امة للمقر له فلا يصدق في ابطال النكاح لانه الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امرأة ثم اقر انه عبد لفلان وللمرأة عليه صداق وصدقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه فهو متهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان دينا او باع انسانا او كفل كفالة او وهب او تصدق او سلم او برأ او كاتب او اعتق ثم اقر انه عبد لفلان لا يصدق في ابطاله شيء من ذلك لانه متهم وتقدم ان ميراثه لبيت المال فاقراره والارجلا بعد ما ادرك الملتقط او غيره ان كان قبل ان يتأكد ولاؤه لبيت المال ان حي حيا وعقله بيت المال فلا يصح لانه نقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز لان ولاءه لم يتأكد لبيت المال لان يوالي من شاء اصحابه كالذمي اسلم من اهل الحرب لان يوالي من شاء الا ان يجني عقله بيت المال

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين وسكونها صيغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز واللعن والضحك وهمزة الذي يضحك منه وهمزة انما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع الناس في الغالب تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار انه داع الى اخذه بمعنى فيه نفسه كانه الكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقة الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي انه بفتح القاف اسم للمال ايضا فمحمول على هذا المعنى ليطلق على المال ايضا ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المنتقى انه لا يحل له لانه مال الغير فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال احمد رح يحل والترك افضل لا الحل فلانه عليه الصلوة والسلام لم ينه عن ذلك ولا انكر على ما فعله بل امره بتعريفها على ما سنذكره واسند اسحق بن راهويه عنه عليه السلام من اصاب لقطة فليشهد ذوا عدل واما فضيلة الترك فلان صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها فيه ولم يذكر خصوص المكان فاذا تركها كل احد فالظاهر ان يجدها صاحبها لانه يعاوده ان يمر في ذلك المكان مرة اخرى في عمره ولان الظاهر ان سقوطها في اثناء الطرقات التي يمر بها او يجلس في عادة امره وعادة الناس على انه اليه وقيده الطحاوي وغيره بما اذا كان يامن على نفسه فان كان لا يامن تركها ولانه يجوز ان يصل يد خائنة اليها فان غلب على ظنه ذلك ان له ان يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له ان يضعها في مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره قوله واللقطة امانة اذا اشهد الملتقط ان يأخذها ليحفظها فيردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو افضل وظاهر المبسوط اشتراط عدلين الخ واذا كان كذلك يعني اذا كان اشهد واذا كان امانة بان اشهد لا تكون مضمونة عليه لما قلنا لكنها بغير صنع لا ضمان عليه وكذا اذا صدقه المالك في قوله انه اخذها ليردها على صاحبها اقر بما كيف على انه اخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد قال اخذتها لمالكها وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يضمن وبه قال الشافعي رح ومالك رح واحمد رح وفي شرح الاقطع ذكر محمد مع ابي يوسف رح والقول له مع يمينه انه اخذها ليرد ولان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة لا المعصية ولان الاخذ ماذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا اخذ ان لم يكن الظاهر انه اخذه للمالك فاقل ما في الباب ان يكون مشكوكا في انه اخذه لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرؤه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر ابو يوسف رح من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون المتصرف عاملا لنفسه فان قال كون اخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا لم يثبت ان هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة لعدم ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا انفا من رواية اسحق من اصاب لقطة فليشهد ذوا عدل وهذا الاختلاف

قال فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال العبد الضعيف هذه رواية عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه على حسب ما يرى الامام وقدره محمد رح في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رح لقوله عليه السلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف وجه ما فوضنا الى الامام المبتلى به

فيما اذا امكنه الاشهاد واذا لم يمكنه عند الرفع او خاف ان ان اشهد اخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه يكون بمعنى من الاشهاد وكذا قال كفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد ضالة فقولوه علي او عندي ضالة او شيء فمن سمعتموه الخ فاذا جاء صاحبها فقال هلكت لا يضمن والفرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر لانه اي اللقطة بتاويل الملتقط اسم جنس ولا يجب ان يعين ذهبا او فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني اذا لم يكون من التعريف ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذتها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا وقول المصنف رح كفيه من الاشهاد ان يقول الخ تفسيرا مثلا فاقتضى هذا الكلام ان يكون الاشهاد الذي امر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلوة والسلام من اصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند من يرى المالك التعريف اي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا والا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول وعلى هذا الخلافية ابي يوسف رح فيما اذا لم يعرفها اصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده يردها او اخذها لذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد اي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما امر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه اخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد اي التعريف وقت الاخذ لانه قبل هلاكها يعرف بانه اخذها للرد لا لنفسه وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من انه اذا اخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها وبعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد يظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنده وقيده بعض المشائخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم اعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها او لا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه متعديا مال غيره بالرجوع بعد ما ازمه حفظه بالاخذ قوله فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وفسر المصنف رح بحسب ما يرى من الايام من غير تفصيل وذلك انه روي عن ابي حنيفة رح ان كانت مائتين فصاعدا عرفها حولا وان كانت اقل من مائتين الى عشر عرفها شهرا وان كانت اقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفيه رواية اخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا يعني الى العشرة يعرفها عشرة ايام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة ايام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون الدانق يطرحه في بيت ويسده ثم يضعه في كف فقير قال شمس الائمة رح شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على الظن ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا اخذ بالرواية التي ذكرناها قبلها وهو جيد والظاهر انه انما قدر بذلك التقدير لان في القليل لغلبة الظن ان المالك في تلك التقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة الظن تركها وظاهر الرواية وهو ما ذكره محمد رح في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك رح والشافعي رح واحمد رح لقوله عليه الصلوة والسلام ما سنذكره وكذا روي عن عمر رض وعلي رض وابن عباس رض وجه ما ذكر المصنف رح من قوله عليه الصلوة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وفيه الفاظ منها ما رواه البزار عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل ومضمر لا تحل اللقطة اي لا تحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط لنفسه وفي الصحيحين عن زيد بن خالد الجهني سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم استنفقها فان جاء صاحبها فادها اليه وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة فاوجبنا التعريف بالحول الحاقا لها بما فيه الزكوة من المائتين فما فوقها

يعني لم يضمن

وقيل الصحيح ان شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق به وان كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى اذا لم يعرفه يخشى ان يفسد تصدق به ثم ينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى وصول الى صاحبها وان كانت شيئاً يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة جاز الانتفاع به من غير تعريف ولكنه مبني على ملك مالك لكن التملك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها والاشهاد فيها لا للحق في المستحق وهو حق بقاء الامانة وذلك بالبينة عينها عند الظفر بصاحبها او اقامة العوض هو المثل على اعتبار اجازة التصدق بها وان شاء امسكها جاء الظفر بصاحبها فان جاء صاحبها يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك ثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لتوقفه على الاجازة فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي الضمان حقاً للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائماً اخذه لانه وجد عين ماله

اضياطاً وما دون العشرة ليس في معنى الالف شرعاً بوجه ففوضنا التعريف فيها الى رأي المبتلى به والمراد بقوله كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن ابي ابن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم اجد ثم اتيته بها فقال عرفها حولاً فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلثاً فقال احفظ عددها ووعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضي قصر حديث العام على حالة المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الامر بالتعريف سنة من غير حديث مطلقاً عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره قوله وقيل الصحيح ان شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم والا التقدير بالعام ويفوض الى رأي المبتلى به ليعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وهذا ذكره شمس الائمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلاث سنين في المائة دينار فانه يعرف به ان ليس السنة بتقدير لازم بل ما يقع عند الملتقط ان صاحبه يتركه بعد المدة اولى وهذا يختلف باختلاف خطر المال الا ترى ان المال لما كان ذا خطر كبير امره عليه الصلوة والسلام ان يعرفه ثلاث سنين قوله وان كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها فيه وفي الجامع يعني الاسواق وابواب المساجد فينادي من ضاع له شيء فليطلبه عندي واعلم ان ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفاً وعادة وان كان ظرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة ولكن يجب حمله على المعتاد من انه يفعله وقتاً بعد وقت ويكرر ذلك كلما وجد ملتقطه وما ذكرنا من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة وهو من دفع الضمان عنه فالواجب فان يذكر مرة بعد اخرى قوله وان كانت اللقطة شيئاً يعلم ان صاحبه لا يطلبه كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد فلا تعريف وعنه صلى الله عليه وسلم انه رأى تمرة على الطريق فقال لولا اخشى ان تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا يعلم خلاف فيه بين العلماء ولكن تبقى على ملك مالكها حتى اذا وجدها في يده له اخذها لان الاباحة لا تخرجه عن ملك مالكه وانما كان القاؤها اباحة لا تمليكاً لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر شيخ الاسلام انها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك اخذها لانه لا يصير ملكاً له بالجمع وعلى هذا التقاط السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب اعني جواز الانتفاع بها بما اذا كانت متفرقة فان كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها لما جمعها فالظاهر انه ما القاها واعرض عنها بل سقطت منه او وضعها ليرفعها وعن ابي يوسف رحمه الله لو جز صوف شاة ميتة كان له ان ينتفع به ولو وجد رأس شاة في يده كان له ان يأخذه منه ولو وجد جلدها كان لصاحبها ان يأخذها بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا بأس باخذه قوله فان جاء صاحبها اخذها والا تصدق بها او اكلها ان كان فقيراً او استقرضها باذن الامام ويتملكها ان شاء وان شاء امسكها ابداً حتى يجيء صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كيلا تدخل في المواريث ثم الورثة ايضاً يعرفونها ومقتضى النظر انهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها ان يضمنوا لانهم وضعوا ايديهم على لقطة ولم يشهدوا اي لم يعرفوا ويغلب على الظن بذلك ان قصدهم تملكها ويجري فيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وسيأتي الخلاف في ذلك في آخر الباب فان جاء صاحبها بعد التصدق فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذن المالك وحصول الثواب للانسان يكون بفعل مختار له ولم يوجد ذلك قبل لحوق الاذن والرضا فبالاجازة والرضا يصير كأنه فعل بنفسه فيضاف بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها اجاب بان ذلك فيما تتوقف فيه الملك على الاجازة

قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقرة والبعير وقال مالك والشافعي رح اذا وجد البعير والبقرة في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة لمخافة الضياع واذا كان معها ما يدفع عن نفسها بقرنها الضياع ولكنه يتوهم فيقتضي الكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم وهو متبرع بقصد ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرها لان ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه كذلك يفعل بالعبد ايضا وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها او امر بحفظها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا الذي يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة ايام على قدر ما يرى انه ان نظر مالكها اذا لم يظهر يأمر ببيعها لانه دائر النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رح وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست المدينة تقام للقضاء وان قال لا بينة لي انفق عليه لكنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان غائبا ولا يرجع اذ كان حاضرا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه اذا رجع على المالك بقدر ما انفق وهذه رواية وهو الاصح وقال رح اذا حضر يعني المالك فالملتقط ان شاء حبس بحصة النفقة لانه في معنى بيع بقدر النفقة فصار كالبيع وان شاء دفع ذلك الى المالك ولا يستقرض المحتسب لاجل النفقة لانه يلتزم النفقة كذا في الملتقط قيل يحبس بسبعة اشياء الحسن يسير تسبيحه الرحمن

كما في ربع الفضولي اما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم انه يطلق للتصرف وحال الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد الاستهلاك شرعا اجماعا حتى ينتقل اليه الثواب وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه فان قلت لكنه باذن الشرع واباحته منه قلت الثابت من الشارع اذنه في التصدق لا ايجابه وبهذا القدر لا ينافي وجوب الضمان حقا للعبد كما في اذنه في تناول مال الغير عند المخمصة والمرور في الطريق مع ثبوت الضمان فاذا جاز ان يثبت اذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب ان يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه وان شاء ضمن المسكين اذا كان المدفوع اليه هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يسترجعها اجيب بانه لا مانع من ثبوت الملك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد وكما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلما بعد اخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله وما نقل عن القاضي ابي جعفر من انه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير امر القاضي اما اذا كان بامره فلا يرجع ردوه بانه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك ان يضمنه اذا جاز فضلا عن الملتقط المتصدق بامره وهذا لان القاضي ناظر للغيب في اموالهم حفظا لها لا اتلافا فالمنفذ من اتلافه الا ما لزمه شرعا القيام به والتصدق ليس كذلك **قوله** ويجوز الالتقاط في الشاة والبقرة والبعير وقال مالك والشافعي رحمهما الله واحمد رح اذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهم ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة واباحة الالتقاط لمخافة الضياع اذا كان معها ما يدفع عن نفسها به كالقرن مع القوة في البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس بقلة ظن الضياع ولكنه يتوهم فيقتضي الكراهة في الاخذ والندب الى الترك هذا ولكن كلامهم يقتضي الخلاف في جواز الاخذ وحله وهو الظاهر ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها ويستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة لكن هذا قياس معارض بما روى اصحاب الكتب الستة كلهم عن زيد مولى المنبعث عن زيد بن خالد الجهني قال جاء رجل سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم اعرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قلت فضالة الغنم قال لك او لاخيك او للذئب وفي الصحيح قال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى ابو داود عن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت ببقرة حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوي الضالة الا ضال وقال عليه الصلوة والسلام ان ضالة المسلم حرق النار رواه الجماعة رواه في المبسوط بان ذلك كان اذ ذاك لغلبة اهل الصلاح والامانة لا يصل اليها يد خائنة فاذا تركها وجدها فاما في زماننا فلا يأمن وصول يد خائنة اليها بعده ففي اخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو اولى ومقتضاه ان غلب على ظنه ذلك ان يجب الالتقاط وهذا حق فانا نقطع بان مقصود الشارع وصولها الى ربها وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير الزمان وصار طريق التلف فحكمه عند بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد واقصى ما فيه ان يكون عاما في الاوقات خص منها بعض الاوقات بضرورة العقل من الدين فلم يتأيد بحديث عياض بن حمار انه عليه الصلوة والسلام سئل عن الضالة فقال عرفها فان وجدت ربها والا فهي مال الله تؤتيه من يشاء فتأيد زيادة بعد تمام الوجه قوله فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع بقصد ولايته عن ذمة المالك اي عن ان يشغلها بالدين بلا امر وان انفق بامره كان دينا عليه لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين الآن فاذا رفع الى الحاكم فان كان للبهيمة منفعة وثم من يستأجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين

قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي يجب التعريف في لقطة الحرم الى ان يجيء صاحبها لقوله عليه السلام في الحرم ولا يحل لقطتها الا لمنشد ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف بقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الا لنقاط الا للتعريف والتخصيص بالحل لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغراء ظاهرا

على تلك مالكها بلا الزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق وان لم تكن له نفقة او لم يجد من يستاجرها وخاف ان تستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها لبقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة فان الثمن يقوم مقام العين اذ يصل به الى مثله في الجملة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن له في ذلك وجعل النفقة دينا عليه اذ فيه نظر من الجانبين جانب المالك بابقاء عين ماله له وجانب الملتقط بالرجوع قال المشايخ انما يؤمر بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر ما يرجى ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يؤمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة للعين معنى بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها ولا نظر في ذلك اصلا بل ينبغي ان لا ينفذ من القاضي ذلك لو امره للمتيقن بعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق في اليومين او الثلاثة لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه يعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه وللقاضي ان يعينه عليه ولو باعها بغير امر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة في يد المشتري فان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله واخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لان ملك الملتقط من حين اخذها وان كان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة وفي الاصل يعني المبسوط يشترط البينة فانه قال فان كان دفعها الى القاضي واقام بينة انه التقطها امره ان ينفق وصححه المصنف لانه يحتمل انه غصبها ولا يؤمر بالنفقة الا في الوديعة وبهذه البينة يكشف الحال اي ليكشف للقاضي انه التقطها لا للقضاء فلا يحتاج الى خصم لذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها وان قال الملتقط لا بينة لي يقول له انفق عليها ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بان يقول امرته بالانفاق او البيع ان كان الامر كما قال وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذا رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا حضر المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه جيء بنفقته فصار كانه استفاد الملك منه فاشبه البيع منه او قرب من ذلك ردا الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا من التشبيه بالبيع ولا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له ان يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس كذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحافظ الدين في الكافي ايضا فيفهم انه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر وقال في التقريب قال اصحابنا لو انفق عن اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين غير بدل ان عين ولا عن عمل منه فيها ولا يتناولها اي العين عقد يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عن علمائنا الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذا لم يتناولها عقد الرهن والمصنف اوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت وانما نقل عن ابي يوسف رواية انه ليس له حبسها اصلا فاعلم قوله لقطة الحل والحرم سواء وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول وفي قول يعرفها ابدا حتى يجيء صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله عليه الصلاة والسلام فيما ثبت في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه لما فتح الله مكة فقام النبي صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما لم تحل لاحد قبلي وانما احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث والمنشد المعرف والناشد الطالب

واذا حضر رجل نادى اللقطة ثم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء
وقال مالك والشافعي يجبر بالعلامة مثل ان يسمي وزنها والدراهم وعددها ووكاءها وعفاصها ان صاحب اليد منازعه في البينة لا ينازعه
في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا تشترط اقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا ان اليد حق مقصود كالملك
فلا يستحق الا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك الا انه تحل له الدفع عند اصابة العلامة لقوله عليه السلام فان جاء صاحبها وعرف
عفاصها وعددها فادفعها اليه وهذا للاباحة عملا بالشهود وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا اذا
كان يدفعها اليه استيثاقا وهذا بالاخلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده واذا صدقه قيل لا يجبر
على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه وقيل يجبر لان المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهرا

قال المنقب يسمع للنبات اسماعه اشاعه المنشد للناشد ويروى ويسمع وهو معناه والفعل من الاول انشد الضالة ينشدها انشادا اذا
عرفتها ومن الثاني انشدتها انشدها نشدا ونشدانا بكسر النون اذا طلبتها ولنا اطلاق قوله عليه الصلوة والسلام في حديث زيد بن خالد
الجهني وغيره وسئل عن اللقطة فقال عفاصها اي وعائها من جلدة او خرقة ونحوها ووكاءها اي رباطها الذي شدت به وعرفها سنة وتقدم فاما ان نقضي
العام على الخاص واما ان يتعارضا فيحمل كل على محل مورد او لكن لا تعارض لان معناه لا يحل الالتقاط الا لمن يعرف ولا يحل لنفسه تخصيص مكة حينئذ لرفع وهم سقوط
التعريف بها بسبب ان الظاهر ان ما وجد بها من لقطة والظاهر انه للغرباء وقد تعرفوا فلا يفيد التعريف فيسقط كما يسقط فيما يظهر اباحته فبين عليه الصلوة
والسلام انها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف وقد ثبت في صحيح مسلم انه عليه الصلوة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها حتى يجدها صاحبها
ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا عن المتروك والاحكام اذا علم شرعيتها اعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة
تقدير شرعيته معه علم انتفاؤها بخلاف العلم بشرعيتها بسبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم ذلك كالرمل والاضطباع في الطواف لا

الصلاة قوله فاذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي
واحمد يجبر اذا اعطاه علامتها ان يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك والحق ان قول الشافعي كقولنا والموجب للدفع مالك واحمد واحتجوا بقوله عليه الصلوة والسلام
فيما اخرجه مسلم في حديث ابي بن كعب فهات حتى اخبرك بعددها ووكائها ووعائها فعلق اباحة الانتفاع بها واخرجه ايضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها فعرف عفاصها و
عددها ووكاءها فاعطها اياه وان فوق ذلك واليه فان صاحب اليد وهو الملتقط انما ينازعه في اليد لا في الملك لانه لا يدعيه فكانت منازعته من وجه دون وجه
فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وفي الوصف المطابق ذلك فاكتفي به لا يشترط البينة لعدم منازعته في الوجهين جميعا واما ان اليد حق مقصود كالملك حتى
ان غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفت غير اليد فيكون مثله لا يستحق الا بالبينة غير انا اجزنا الدفع عند اصابة العلامة بالحديث الذي رويناه على ان
الامر فيه للاباحة بما بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر ويأتي ان شاء الله تعالى في الدعوى
والمدعي ههنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقد يأخذ منه كفيلا سيقتناه قال المصنف وهذا بالاخلاف لانه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل
لوارث غائب عنده اي عند ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده وعندهما يؤخذ والفرق لابي حنيفة
ان حق الغائب هنا غير ثابت فيمكن ان يكون المالك غيره فيحتاج الى التوارث الاخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره ايضا له
حق امر موهوم فلا يجوز تأخير الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل على ان دفع الملتقط لو كان بالبينة لا يأخذ كفيلا وهو الصحيح
وذكر في جامع قاضيخان ان فيه روايتين والصحيح انه لا يؤخذ واورد على المصنف انه نفى الخلاف في التكفيل في اللقطة وقال في فصل القضاء في
المواريث فيه اي في اخذ الكفيل عند دفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف على قول ابي حنيفة رحمه الله لا يأخذ وعلى قولهما يأخذ هذا اذا دفعه بمجرد العلامة
فان سبق مع العلامة او لا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو اقام بينة وقيل لا يجبر كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبره القاضي
على دفعها اليه ودفع بالفرق بان المالك هنا غير ظاهر اي المالك لا اخذ لهذه اللقطة التي صدق اللقطة مدعيها غير ظاهر والمودع في مسئلة الوديعة مالك ظاهر
وانما اقر للحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار على ملك غيره واذا دفع بالتصديق او بالعلامة وجاء آخر واقام
البينة انها له ان كانت قائمة في يد المدعي تقضى له بها وهو ظاهر وان كان هالكا خير بين ان يضمن القابض او الملتقط فان ضمن القابض

ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو التصدق لقوله عليه السلام فان اجاءت يعني صاحبها فليتصدق به الصدقة لا يكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وقال الشافعي يجوز لقوله عليه السلام في حديث ابي بن كعب فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستنفق بها وكان من اياسير ولانه انما يأخذ للفقير حملا له على رفع اصابة لها والغني يشاركه فيه ولنا انه مال الغير لا يباح الانتفاع به الا برضاه الا طريق التصدق فلا اباحة للفقير لما ذكرنا او بالاجماع فيبقى ما وراءه على الاصل والغني محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد ينوي لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع ابي ذر كان باذن الامام وهو جائز باذنه وان كان الملتقط فقيرا جاز ان ينتفع بها لانه من مصرفي الجانبين لهذا جاز الدفع الى غيره لكن اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا لما ذكرنا والله اعلم

لا يرجع على احد وان ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام احمد فيما اذا كان الدفع بتصديقه وفي رواية يرجع وهو الصحيح وجه قول احمد ان الملتقط اعترف انه مالكها وصاحب البينة ظالمة بتضمينه فلا يظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمنه لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بامره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدقه في الملك لكنه لما قضى بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا تكذيب القاضي فبطل اقراره وصار كانه دفع بلا تصديق ثم ظهر الامر بخلافه وصار كاقرار المشتري بالملك للبائع اذا استحقه غيره بالبينة فقضى له يرجع على البائع ومثل هذا يجري في اقراره بانه وكيل المودع والذي فرق به في المبسوط ان في زعم المودع ان الوكيل عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بامره وليس ايضا من بل المودع ظالمه في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره وهنا في زعمه ان القابض عامل لغيره وانه ضامن اذا ثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه بما ضمن انتهى

قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لان المأمور به هو الصدقة لقوله عليه الصلوة والسلام فان لم يأت يعني صاحبها فليتصدق وهو الصدقة لا يكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة والحديث الذي ذكره هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي ثنا زياد بن سعد عن السمتي عن ابي صالح عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل للقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليؤده اليه وان لم يأت فليتصدق بها فان جاء فليخير بين الاجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط اذا كان غنيا ان يتملكها بطريق القرض الا باذن الامام وان كان فقيرا فله ان يصرفها الى نفسه قرضا فيكون فيه للمالك اجر الصدقة تحقيقا للنظر من الجانبين جانب المالك لحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير الملتقط وان كان اب الملتقط او ابنه او زوجته وان كان الملتقط غنيا لما ذكرنا من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له ان يتملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر الى اذن الامام لقوله عليه الصلوة والسلام فان جاء صاحبها فادفعها اليه والا فاستمتع بها قالوا وابي كان من اياسير يدل ما في بعض روايات انه عليه الصلوة والسلام قال الا في كبد مالك فقد جعل له لا تملكه ولانه ليس فيها ان الخطاب لابي فلعلها في مسلم عن ابي بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها سنة فان جاء احد والا فهي كسبيل مالك فظاهر هذا انه يحكي قوله لسائل يسأله وجاز كون ذلك كان فقيرا وهنا ما يدل على فقره انه في ضمنه عليه الصلوة والسلام وهو ما في الصحيحين عن ابي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وان احب اموالي الي بيرحاء فهي لله فقال اجعلها في فقراء قرابتك فجعلها ابو طلحة في ابي وحسان وهذا صريح في ان ابيا كان فقيرا لكنه يحتمل انه ايسر بعد ذلك الا ان قضايا الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال واما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى ان قال والا فشأنك بها وفي رواية فهي لك فهو ايضا من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السائل فقيرا ولو سلم ان الخطاب لابي لم يخرج عن قضايا الاحوال اذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين ولو كان نصابا فجاز كونه اقل من النصاب وكونه مديونا قالوا ولو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة فيمتنع اذا كان غنيا لما اكلها على رضه وهو لا تحل له الصدقة وقد امره عليه الصلوة والسلام باكلها فيما اخرج ابو داود عن سهيل بن سعد ان علي بن ابي طالب دخل على فاطمة والحسن والحسين يبكيان فقال ما يبكيهما قالت الجوع فخرج علي فرأى دينارا في السوق فجاء فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي انت صهر الرجل الذي يزعم انه رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم قال فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي فاخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب فزن الدينار بدرهم لحما فجئت وخبزت وارسلت الى ابيها فجاء فقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر لك فان رأيتا حلالا لنا اكلناه من شأنه

كتاب الآبق

الآبق اخذه افضل في حق من يقوى عليه لما فيه من احيائه واما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه افضل لانه لا يدرى مكانه فيجد المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به الى السلطان لانه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم اذا دفع الآبق اليه يحبسه ولو دفع الضال لا يحبسه لانه لا يؤمن على الآبق الاباق ثانيا بخلاف الضال

وهكذا كذا فقال كلوا بسم الله فاكلوا فبينا هم كانهم اذا غلام ينشد الله تعالى والاسلام الدينار فامر النبي صلى الله عليه وسلم به فدحا فساكه فقال سقطمني في السوق فقال عليه الصلوة والسلام يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الى الدينار وربحك علي فارسل به فدفعه عليه الصلوة والسلام الى الغلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه اتفاقه قبل التعريف فدل على ضعفه وقول المنذري لعل تاويله ان اتفاق التعريف ليس له صفة يعتد بها فراجعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم على ملا من الحق اعلان به وهذا يؤيد الاكتفاء بالتعريف بمرة غير ظاهر فانه لم يذكر له ذلك الا بعد ان اشتروا وخبزوا واحضروه صلى الله عليه وسلم على الاكل نعم يجب الحكم بان عليا عرفه قبل ان ياتي به الى فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وابو يعلى الموصلي وفيه انه اتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم فقال شانك فيه وفيه دليل المختار شمس الائمة من ان التقدير بحول وغيره ليس بلازم بل الى ان يسكن نفسه الى ان طائفة قطع نظره عنه وفي سند ابي بكر بن عبد الله قال البزار على الظن هو عندي ابو بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وهو لين الحديث قال ابنه عبد الحق هو متروك والحق ان الحديث ضعيف من جهة الاضطراب لان في الرواية الاولى من انهم انما اعلموه بعد ما اشتروا وصار متى الاكل نيا قض ما في الثانية من انه اعلمه امره بتعريفه ثم امره باخذه وفي الاول انه دفع عينه للمنشد وفي الثانية انه جعله دينا عليه وقال اذا جاءنا ادينناه اليك وغير ذلك الاضطراب موجب للضعيف نعم لو سلما بحيفة مكان الثابت به انه استقراضه باذن الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز اقراض الملتقط الغني فلما سلمنا ضعف حديث ابي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف السمني كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان للملتقط ان يتصدق حكما آخر ونحن نطالبه في اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل فيبقى على الانتفاء *

كتاب الاباق

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف الا ان التعرض له بالفعل فاضل مختار في الاباق فكان الانسب تعقب الجهاد بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب الاباق في اللغة الهرب ابق يابق كضرب يضرب الهرب لا تحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه بجهله بالطريق اليه **قوله** الآبق اخذه افضل من تركه في حق من يقوى عليه اي يقدر على حفظه حتى يصل الى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف ويمكن ان يجري فيه التفصيل في اللقطة بين ان يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم ياخذه مع قدرة تامة عليه فيجب اخذه او لا فلا واختلف في اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احياء النفس والتعاون على البر وقيل تركه لانه لا يدري مكانه فينتظر المولاه حتى يجده ولا يخفى ان انتظاره في مكان غير متوجه عنه ليس بواقع بل يجد الضلال يدورون متحيرين ثم لا شك في ان محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واحد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغي ان يختلف في فضيلة رده واخذه **قوله** ثم اخذ الآبق يأتي به السلطان اذ القاضي فيجب سؤاله عن الاباق لانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الاخذ الا بذلك عادة بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته على ذلك لا يحتاج الى السلطان وبهذا الاعتبار خير الحلواني بين ان ياتي به السلطان او يحفظه بنفسه وعلى هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا اخبر الآبق فجاء رجل وادعاه واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه باق الى الآن في ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة فاذا حلف دفعه اليه وهذا الاحتمال

قال ومن رد آبقا على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فبحسابه هذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فاشبه العبد الضال لنا ان الصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على وجوب الجعل الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها فاوجبنا الاربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا بينهما ولان ايجاب الجعل اصله حامل على الرد اذا الحسبة نادرة فيحصل صيانة اموال الناس والتقدير بالسفر لا يسمع في الضال فاستغنى ولا الحاجة الى صيانة الضال دونها الى صيانة الآبق لانه لا يتوارى والآبق يختفي

انه عرض بعد علم الشهود وثبوت ملكه على وجه زوال السبب لا يعلمونه وانما يستلمه مع عدم خصم يدعي الصيانة فقضاؤه عن الخطار ونظر المسن هو عاجز عن النظر لنفسه من مشتري وموهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بلية ففي اولوية اخذ الكفيل وتركه روايتان فكما يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد انه لا يأخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه مدة حبسه من بيت المال ثم يأخذه من صاحبه فيرد في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ اذا كبر مال بيت المال لانه كان استحقاقه لفقره وعجزه عن الكسب بخلاف مالك العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته باعه القاضي وامسك ثمنه بعد اخذ ما انفق لبيت المال منه فان جاء مالكه واقام بينة وهو قائم في يد المشتري لا يأخذه ولا ينتقض بيع القاضي لانه كحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يؤاجره وينفق عليه من اجرته لانه لا يختفي ثلاثة ايام بينة الآبق فيختفي ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يؤاجره وينبغي ان يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان دارة النفقة متواصلة ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر **قوله** ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما فقيه بزن سبعة مثاقيل ان رده لاقل من مسيرة سفر فبحسابه هذا استحسان والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط بان يقول من رد علي عبدي فله كذا كما اذا رد بغيره او عبدا آخر لانه لا وجه للقياس ان الرد تبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من اعيان ماله لا يستوجب شيئا فكذا هذا وقولنا قول مالك واحمد في رواية قال لهم في وجه الاستحسان ولنا اجماع الصحابة على اصل الجعل الى ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب دونها وذلك انه اذا ظهر الفتوى به من غير واحد من حيث لا يخفى فلم ينكره احد وذلك ان محمد رفعه روى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت عند ابن مسعود فجاء رجل فقال ان فلانا قدم بآبق من القيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل راس اربعين وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروى عبد الرزاق في مصنفه قال اخبرنا سفيان الثوري عن ابي رباح عبد الله بن ابي رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلمانا اباقا بالغين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل راس وروى ابن ابي شيبة ثنا محمد بن يزيد عن ايوب عن ابن العلاء عن قتادة وابي هاشم عن عمر رضي الله عنه قضى في جعل الآبق باربعين درهما وروى ايضا عن وكيع ثنا سفيان عن ابي اسحق قال اعطيت الجعل في زمن معاوية اربعين درهما وروى ايضا ثنا يزيد بن هارون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما وروى ايضا عن يزيد بن هارون عن حجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمر بن دينار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في عبد الآبق يوجد في خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القريب لا قدر مسيرة سفر عنه وعن هذا روي عن عمار ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان الواحد وقول المص الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها يريد الرواية عن عمر وعلي وقد علمت الرواية عن عمر ايضا ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخرى والرواية عن علي مضعفة بالحارث المذكور فكانت رواية ابن مسعود اقوى الكل فرجحناها وكذا قال البيهقي في سننه هو امثل ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا ساوى الاكثر في القوة وقيل انما يؤخذ به اذا لم يمكن التوفيق بين الاقاويل وهنا يمكن اذ يحمل روايات الاربعين على رده من مسيرة السفر وروايات الاقل على ما دونها ويحمل قول عمار خارج المصر على مدة السفر والتلفيق الضم لفقت الثوب الفقه اذا ضممت شقه الى شقه ولان نصب المقادير

وتقدير الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما او يفوض الى رأي القاضي وقيل يقسم الاربعون على الايام الثلثة اذ هي اقل مدة السفر
قال وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضي له بقيمته لا درهما قال رحمه الله وقال محمد رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله له اربعون درهما لان التقدير بها ثبت
بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح على الاقل لانه حط منه وللمحمدين ان المقصود حمل الغير على الرد بحيث
مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة واما ام الولد والمدبر ففي هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من
احياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لانهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو
في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل لان هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتبناه لهم اطلاق الكتاب

لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف على الصحابة حكم المرفوع واصحهما حديث ابن مسعود فهو بعد كونه مثبتا للزيادة زيادة اصل مستقلة راجح ولا يخفى ما في
هذا ولان ايجاب اصل الجعل حامل على الرد اذ الحسبة وهو رده احتسابا عند الله تعالى مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادر فشرع
للمصلحة الراجحة الى العباد من صيانة اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدري بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الحاقه به قياسا ولا دلالة ايضا
لان الحاجة الى صيانة الضال في رده دونها في رد الابق لما في رده من زيادة التحفظ في حفظه والاحتياط في مراعاته كيلا يلتحق ثانيا مما ليس
في رد الضال منه شيء ولو كان الابق لرجلين فصاعدا فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر ان ياخذه حتى يعطي
تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة فلو ان
رجلا قال لآخر ان عبدي قد ابق فاذا وجدته خذه فوجده فرده ليس له شيء لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيئا وقوله وما دونه
فيما دونه اي اوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر كان ذلك لانا لما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقداره وذلك هو الواجب
فاذا حملنا بعضه على ما دون السفر صح كان ذلك حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب **قوله** وبتقدير الرضخ في الرد
عما دون السفر باصطلاحهما اي المالك والراد اي يفوض الى رأي القاضي بقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار وقال
بعض المشايخ يقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلاثة عشر وثلث **قوله** وان كانت قيمته اقل من اربعين يقضى له بقيمته لا درهما
قال المص وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف رحمه الله الاول وقال ابو يوسف رحمه الله اخرا له اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول
ابي حنيفة رحمه الله في عامة كتب الفقه وذكر في شرح الطحاوي مع محمد رحمه الله وجه ابي يوسف رحمه الله ان التقدير بها ثبت بالنص اي قول ابن مسعود
وعمر رضي الله عنهما ووجب اتباعهما والمراد بالنص اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفته من سواهما لوجوب حمل قول من نقص منهما على ما نقص
من السفر فلا ينقص عنها ولمحمد ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليصير مال المالك فينقص منه درهم ليسلم له شيء تحقيقا
للفائدة اذ في ايجاب الجعل فيما بين الدرهم لان ما دونه كسور وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من احياء
ملكه وبه يحيى ماليته له اما باعتبار الرقبة كما في المدبر او باعتبار الكسب كما في ام الولد لانه عنده لانها لا مالية فيها عنده لكنه احق باكسابها
ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما لانهما يعتقان بالموت فيقع رد حر لا مملوك على مالكه وهذا في ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث
لانه حينئذ يعتق بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله يصير كالمكاتب لانه يسعى في قيمته فيعتق ولا جعل في رد المكاتب
لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان كمن رد عبدا لغيره لا يستحق شيئا بخلاف القن **قوله** ولو كان الراد ابا المولى
او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين على الآخر فلا جعل له وقيد في عياله ان رجع الى الراد والى الابن اقتضى ان يتقيد نفي الجعل اذا كان
الراد ابنا بكونه في عيال المالك اي في نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال ابيه المالك او لا وجملة
الحال ان الراد ان كان ولد المالك او احد الزوجين على الآخر او الوصي لا يستحق جعلا مطلقا اما الولد فلان الراد كالبائع من المالك من وجه
وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب اذا استاجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة على الابن
فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا يجب بالشك وهذا القيد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فبطريق الاولى

قال وان بقي من الذي رده فلا شيء عليه لانه امانة في يده لكن من اخذه شيئا من ذكر اباقه اللقطة قال ثم ذكر بعض المشايخ انه لا شيء له وهو صحيح ايضا لانه في معنى الباقي من المالك وهذا كان ان يجعل لكن يجعل لانه لا يستوفي الثمن وكذلك اذا مات فيما لا شيء عليه لما قلنا قال ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق ثم العبد المشتري كذا اذا باعه من اراد سلامة البدل والرد وان كان حكم البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض قال وينبغي اذا اخذ ان يشهد انه يأخذه ليرده فلا شيء وحتم فيه عليه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من غير شهود ضمن الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة اخذه لنفسه وصار كما اذا اشتراه من الاخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع اداء الثمن فان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لانه احيا بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل مقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حق الراهن بعد سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لان حقه بالفضل المضمون فصار كمن الداء وتخليصه عن الجناية بالفداء

واما احد الزوجين فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب الزوج عبد امرأته تبرعا في العرف لانه ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الرد بجهة الخدمة بمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استأجرها لتخدمه لا يجب لها شيء واما الوصي فانما لا تستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشأن الوصي ان يحفظ مال الوان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الابق لمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع لم يوجد نصا ولا عرفا **قوله** وان ابق من الذي يرده فلا شيء عليه اي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شيء له اي لا جعل للراد وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باقه كالمالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به بالرد كانه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع اذا هلك في يده او ابق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط لان يكون اشهد على قول ابي حنيفة رح ومحمد لانه ح صار امانة عنده كما في اللقطة وقال ابو يوسف رح لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في جميع ذلك مع يمينه اذا علم انه كان ابقا فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل اذا اجاره وانكر المولى اباقه الا ان يشهد شهودا انه ابق من مولاه او يشهدوا على اقرار المولى باباقه **قوله** ولو اعتقه المولى كما لقيه اي رآه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري اذا اعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد قبل قبضه يصير به قابضا لسلامة بدله وهو الثمن له فان قيل المراد حكم البيع من المالك فيبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله لكنه بيع من وجه لا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز واورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمات اجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضا المالك كان الثابت الشبهة لانه ملكه حقيقة فمنع عدم الرضا الثابت شبهة الشبهة **قوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه يأخذه ليرده قال المصنف فالاشهاد حتم فيه اي في اخذ الابق عليه اي في اخذ الابق عليه اي على الاخذ على قول ابي حنيفة رح ومحمد وتفسير بعضهم حتم بانه واجب تساهل والا يلزم تركه استحقاق العقاب ويقطع بانه اذا اخذه ليقصد الرد على المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه وانما الاشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل وسقوط الضمان ان مات عنده او ابق لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه او الراد من الاخذ او اتهبه منه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه فانه بالشراء او الاتهاب قاصدا التملك ظاهرا فيكون عاصيا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو اوصى له به او ورثه في كل ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا رده لا جعل له لانه رده لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء او من الاخذ انه انما اشتريه لارده على مالكه لانه لا يقدر على رده الا بشرائه فح له الجعل ولا يرجع على السيد بشيء من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي **قوله** وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لان بالرد حييت ماليته وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها والجعل على من حييت له المالية الا ترى ان بالاباق سقط دين المرتهن بالموت وبالعود عاد الدين وتعلق حقه بالرهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود والرد

وان كان مولى فعلى المولى ان اختار قضاء الدين من ثمنه بيع بالجعل الباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف فيجب على من يستقر له آن كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء
لحق المنفعة اليه وعلى الاولياء ان اختاروا الدفع دفعوها اليهم وان كان مرهونا فعلى المرهوب له دون رجوع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة لم تحصل بالهبة
بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه دون رده لانه وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه

كتاب المفقود

اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه
والمفقود بهذه الصفة قضاء كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لا خفاء انه يقبض غلته والدين الذي اقر به غريم من
عن ماله لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود لانه نصب له في عقار او عرض في يد رجل
لانه ليس بمالك ولانه يتضمن الحكم بالملك بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك ذلك خصومة بلا خلاف وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا
كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على الغائب وذا لا يجوز الا اذا اقامه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه فيما كان يجوز عليه القضاء وينفذ القاضي لانه نائب عن رعيته حفظا لحقوقهم
فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد لفقد ولاية عليه لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة وهو ظاهر
قال وينفق على زوجته واولاده من ماله لقيام هذا الحكم مقصودا على الاولاد لا دليل لهم صحيح قرابة الولاد الاصول ان كل من يستحق النفقة في حال حضرته
بغير قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء
لا تنفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة صلة تجب بالقضاء والقضاء على الغائب صلة منع

في حياة الراهن وموته سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اي كون الجعل على المرتهن اذا كان قيمة العبد مثل الدين او اقل فان
كانت اكثر من الدين قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما اصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن مثلا الدين ثلثمائة وقيمة الرهن
اربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كثمن دوار الرهن وتخليصه من الجناية بالفداء اذا كان الدين اكثر من
قيمته انقسما عليهما كذلك قوله وان كان مديونا اي ان كان العبد الابق ماذونا فلحقته في التجارة دين او اتلف مال الغير واعترف به المولى
فالجعل على من يستقر الملك له لانه مؤنة الملك والملك في العبد بعد مباشرته سبب الدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه
كان الجعل عليه لان الملك يستقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن ببدله قبل الدين لما قلنا انه مؤنة الملك والباقي
للغرماء فظهر ان قول المص فيجب اي الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانه لا يجب على المشتري وكانه جعل ملك ثمنه بمنزلة ملكه وان كان
اي العبد جانيا اي جنى خطأ فلم يدفعه مولاه ولم يفده حتى ابق فرد من مسيرة ثلاثة ايام فهو على القياس يكون الجعل على من يصير له ان اختار
المولى فداه فهو عليه العود منفعة اليه وان اختار الدفع الى اولياء الجناية فعليهم لعودها اليهم ولو كان قتل عمدا فابق ثم رد لا جعل على احد اما
المولى فلانه ان قتل لم يحصل له الرد منفعة وان عفى عنه فانما حصلت بالعفو واما ولي القصاص فان قتل فالحاصل له النفس لا المالية وان عفى
فظاهر وان كان موهوبا فان ابق ممن وهب له ثم رد فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد او لا اما اذا لم يرجع فظاهر فاما اذا رجع
بعد المجيء فلانه وان حصلت له المالية لكن لم تحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده مما يمنع رجوعه من هبته وغير ذلك
واورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد اجيب بان الترك اخر جزء العلة واليها يضاف الحكم واما الجواب بانه اذا ثبت
بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع الوارد على المص بل يقرره وان كان الابق لصبي فالجعل في ماله لما تقدم انه مؤنة ملكه وان رده وصيه
فلا جعل له وقد بيناه في التقسيم وكذا اليتيم لعوله رجل فرد آبقا لانه اذا كان تبرع له بمؤنته من مال نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان الاصل
في التبرع وفي الكافي للحاكم ابقت امة ولها ولد رضيع فرد بها رجل له جعل واحد فان كان انها قارب الحكم فله ثمانون لان من لم يراهق
لم يعتبر آبقا وفي الذخيرة والمحيط لو اخذ آبقا فغصبه منه اخر فجاء به الى مولاه واخذ جعله ثم جاء اخر واقام بينة انه اخذه باخذ الجعل منه ثانيا يرجع
السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالآبق من مسيرة سفر فلما دخل البلد ابق من الآخذ فوجده اخر فرده الى سيده ان جاء به من
مدة السفر فالجعل له وان وجده لاقل فجائزة به لا جعل لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان او الشحنة او المحتسب في رد الابق وما اخذ
من قطاع الطريق لوجوب الفعل عليهم والى ولا ان يقال لاخذهم العطاء على ذلك ونصبهم له

كتاب المفقود

هو الغائب الذي لا يدرى حياته ولا موته قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من
يحفظ ماله ويقوم عليه اي على ماله ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي
والمجنون على القاضي ان يفعل في امرهم ما ذكرنا لما ذكرنا وقوله اي قول القدوري يستوفي حقوقه يريد به انه يقبض غلاته والدين
الذي اقر به غريم ويخاصم في دين وجب بعقده اي بعقد الذي نصبه القاضي لانه اصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين

فمن اولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن الثانى الاخ لاخيه والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر ليتمهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وفى هذا اذا كانت فى يد القاضى فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالدين والوديعة والنكاح والنسب هذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا اشترط الاقرار بالدين لظاهر حالهم

الذى تولاه المفقود ولا فى نصيب له فى عقار او عروض فى يد رجل ولا فى حق من الحقوق اذا جحد من هو عنده او عليه لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف فى الوكيل بقبض الدين من جهة المالك عند ابى حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما لا يملك واذا كان كذلك يعنى اذا كان وكيل القاضى لا يملك الخصومة ولو قضى القاضى بخصومته كان قضاء على الغائب والاوجه ان يقول للغائب والقضاء عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا او وديعة او شركة فى عقار او رقيق او رد العيب او مطالبة باستحقاق لا تسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما يسمعان على خصم وهذا الوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بموت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون قضاء على الغائب وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضى اى راى القاضى المصلحة فى الحكم للغائب وعليه فحكم فانه نيف لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغى ان لا ينفذ حتى يمضيه قاض اخر لان نفس القضاء مجتهد فيه كما لو كان القاضى محدودا فى قذف فان نفاذ قضائه موقوف على ان يمضيه قاض اخر اجيب بمنع انه من ذلك بل المجتهد سببه وهو هذه البينة بل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر اولا فاذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود فى قذف وفى الخلاصة الفتوى على هذا ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعها القاضى لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغائب بحفظ معناه ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان او عقارا فى نفقة ولا غيرها لان القاضى لا ولاية له على الغائب الا فى الحفظ وفى البيع ترك حفظ الصورة بلا ملجئ فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض او عقار او خادم واحتاج ولده او زوجته الى النفقة لا يباع بخلاف الوصى فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغائب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصى وبيع العروض فيه معنى حق ورجاء كون حفظ الثمن للايصال الى ورثة الميت وهنا لا ولاية للقاضى على المفقود الا فى الحفظ وفى المبسوط وقال ابو حنيفة رح ان كان له اب محتاج فله ان يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس له بيع العقار وهو استحسان وفى القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخى ان محمدا ذكر قول ابى حنيفة رح فى الاملاء وقال هو حسن وجه الاستحسان ان الاب وان زالت ولايته بقى اثرها حتى صح استيلاد جاريته ابنه مع ان الحاجة الى ذلك ليس من اصول الحوائج فاذا ثبت بقاء اثر ولايته كان كالوصى فى حق الوارث الكبير وللوصى بيع العروض دون العقار وينفق على زوجته واولاده من ماله يعنى الحاصل فى يده والواصل من ثمن ما يسارع اليه الفساد ومن مال موضوع عند مفرد دين على مقر قال المص وليس هذا مقصورا على الاولاد قلت ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعنى من الاب والجد وان علا والاصل ان كل من يستحق النفقة فى ماله حال حضرته بغير قضاء القاضى ينفق عليه من ماله عند غيبته لان لهم ان ياخذوا حاجتهم بيدهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس فكان اعطاء القاضى ان كان المال عنده او تمكينهم ان كان عندهم اعانة للقضاء على الغائب فانهم كانوا اولى منه شرعا ان يتناولوا بانفسهم وكل من لا يستحق فى حضرته الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله من الاولى اعنى المستحقين بلا قضاء الاولاد الصغار والاناث الكبار اذا لم يكن له مال كذا الاب والجد والزمنى من الذكور الكبار فكل من له مال لا يستحق النفقة عليه فى حال حضوره فضلا عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها بالحاجة وهى تعدم بالغناء ومن الثانى يعنى من لا يستحق الا بالقضاء الاخ والاخت والخال والخالة ونحوهم من قرابة غير الولاد وقوله اى قول المص من ماله يعنى الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن فى ماله عين المطعوم والملبوس يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والتبر غير المضروب كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كان الدراهم والدنانير والتبر فى يد القاضى فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منها ان كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك مقرا بالدين والنكاح والنسب وهذا معنى اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى فان كانا ظاهرين معروفين فلا يحتاج الى اقرارهما بهما ولو كان الظاهر عنده احدهما الوديعة والدين او النكاح والنسب جعل كل اثنين واحدا

فان دفع المودع بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب حق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب حد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه اقضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد ما مضى مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ القدوري لان الاربع من الايلاء والسنتين من العنة تعرف بالتتبع لنا قوله صلى الله عليه وآله وسلم في امرأة المفقود اذا امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت حتى يستبين موت او طلاق ولم يبين البيان المذكور في المرفوع ولان النكاح معروف بثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا مؤجلا فاعتبر في الشرع موجلا كما اوجبا للتوقيت ولا بالعنة لان الغيبة تعقب العنة والعنة وقلما تخلو عن استمرارها سنة

يشترط اقرار من في جهته المال بالآخر الذي ليس ظاهرا فيقر في الاول عند القاضي بان هذه زوجته وهذا ولده وفي الثاني بان له وديعة او على دينه وقوله هذا هو الصحيح احتراز عن جواب القياس الذي قال به زفر لان هذا اختلاف الروايتين قال لا يتفق من الوديعة شيا عليهم لان اقرار المودع بذلك ليس بحجة على الغائب وهو ليس خصما عن الغائب لا يقضى على الغائب بلا خصم ومثل هذا في الدين ايضا قلنا المودع مقر بان ما في يده ملك الغائب وان للولد والزوجة حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدى القضا منه الى المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد يقال ايضا في جوابه نعم القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث هند امرأة ابي سفيان وقد اسلفناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد جواز الانفاق من مال الغائب لمن تجب له النفقة من الزوجة والولد ثم اذا ثبت في الزوجة والولد على خلاف القياس لا يلحق به قرابة غير الولاد بالقياس وثبوت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيما اكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجرد ها وان كان يقدر على الكسب **قوله** ولو دفع المودع بنفسه او من عليه الدين

لغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فكان امره هو لا بالقبض ويصل القاضي نائبا في الحفظ فقط بل فيه وفي الفاء ما عليه من الحقوق ايضا مما لا يحتاج في ثبوته عنده الى سماع بينة ولذا جاز له ان يوفي ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المأمور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الى من في عيال المودع يبرأ اجيب بان ذلك اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان يأخذ القاضي منهم كفيلا لاحتمال انه طلقها قبل ذهابه او عجل لها النفقة لكن لو لم يأخذ جاز لانه لا يجب اخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب هذا فلو كان المودع والمديون جاحدين صلا اي جاحدين لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية او جاحدين للنسب والزوجية معترفين بالوديعة والدين بالعكس وليا ظاهرين عند القاضي لم ينتصب احد من مستحقي النفقة الزوجة او الاب او الابن خصما في ذلك اي في اثبات الدين او النسب او الوديعة باقامة البينة على شيء من ذلك لان المودع والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضاء بها ولان ما يدعيه للغائب سببا متعينا لثبوت حقه الذي هو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالى في ادب القاضي **قوله** ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع

سنين يفرق القاضي بينه وبينها وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه اقضى في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها بالغيبة وان كان من غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة فانه يفرق بينهما فيها بعد مدة ولذلك هذا منه في الايلاء بناء على انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي المدة بل بتفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اخذ في المدة الاربع من الايلاء والسنتين من العنة بجامع دفع الضرر عنها علما بالشيئين وحديث الذي اخذته الجن رواه ابن شيبة ثنا سفين بن عيينة عن عمرو عن يحيى بن جعدة ان رجلا استهوته الجن على عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتت امرأته عمر فامرها ان تتربص اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء زوجها خير امرأته والصداق واخرج عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امرأتي عمر الحديث بمعنى الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جاء ان شئت رددناك الى امرأتك وان شئت زوجناك غيرها قال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يسأله عن الجن هو بخبره ورواه الدارقطني وفيه ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا

قال واذا تم لها مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال رحمه الله وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رحمه الله بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان يقدر بتسعين والارفق ان يقدر بتسعين اذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثة الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت صيانة اذا الحكم متعلق بالعقبة

وروى مالك في الموطا عن عمر بن الخطاب قال ايما امرأة فقدت زوجها فلم تدر اين هو تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل واسند ابن ابي شيبة عن سعيد بن المسيب ان عمر وعثمان قالا في امرأة المفقود تربص اربع سنين وتعتد اربعة اشهر وعشرا واسند ابن ابي شيبة عن خالد بن يزيد ذكر ان عمر وابن عباس المفقود فقالا تربص اربع سنين ثم طلقها ولي زوجها ثم تربص اربعة اشهر وعشرا قال المص لنا قوله عليه الصلوة والسلام في امرأة المفقود انها امرأة حتى يأتيها البيان اخرجه الدارقطني في سننه عن سعيد بن مسعود شيخ محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة المفقود امرأة حتى يأتيها البيان وفي بعض نسخه حتى يأتيها الخبر وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل قال ابن ابي حاتم عن ابيه انه يروي عن المغيرة مناكير باطيل وقال ابن القطان سوار بن مصعب اشهر في المتروكين منه ثم عارض المص بقوله على قول عمر وهو ما روى عبد الرزاق اخبرنا محمد بن عبيد الله العرزمي عن الحكم بن عتيبة ان عليا رضي الله عنه قال في امرأة المفقود هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت او طلاق اسباب عن ابن ابي ليلى عن الحكم ان عليا مثله وقال اخبرني ابن جريج قال بلغني ان ابن مسعود وافق عليا على انها تنتظر ابدا واخرج ابن ابي شيبة عن ابي الدرداء وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها ان تتزوج حتى يستبين موته وقوله لان النكاح الى آخره الحاصل ان المسألة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فمذهب عمر رضي الله عنه الى ما تقدم ومذهب علي رضي الله عنه الى انها امرأته حتى يأتيها البيان والنسائي في السنن في الترجيح والحديث الضعيف يصلح مرجحا لاثباتا بالاصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح آخر شرع المصنف في مرجح آخر فقال ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في غير الاحتمال فلا يزول النكاح بالشك وذكر ان عمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه فيما روى ابن ابي ليلى قال ثلاث قضيات رجع فيها عمر الى قول علي في امرأة المفقود وامرأة الكنف والمرأة التي تزوجت في عدتها وقوله في الثلاث قول علي فيه فامرأة المفقود عرفت واما امرأة الكنف فكان الرجل يكنف طلقها ثم يراجعها ولم يطلها حتى غاب ثم تزوجت ثم قدم فوجدها قد تزوجت ثم اتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة فقال ان لم يكن دخل بها فارتجع بها وان كان دخل بها فليس له عليها سبيل فقدم فوجد القصة على ما قالها فقال لهم ان لي اليها حاجة فخلوا بيني وبينها فوقع عليها وبات عندها ثم غدا الى الامير فكتب عمر رضي الله عنه فجاء بها مع بني هذا اعني عدم ثبوت الرجعة في حقها اذا لم يدخل حتى اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لرفع الضرر عنها ثم رجع الى قول علي ان له رجعتها ما دامت في العدة وهي منكوحة دخل بها الثاني او لا واما المرأة التي تزوجت في عدتها فالمراد بها التي زوجها فقد فتزوج وكان يبعث فيها اذا اتى زوجها حيا ويخيره بين ان يرد عليه وبين المهر وقد صح رجوعه الى قول علي رضي الله عنه وهو ان يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه مما استحل من فرجها وترد الى الاول ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من ذلك قال ولا يعتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع موجلا وهذا على رأيهما بان الوقوع به عند انقضاء المدة بالايلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال ولا بالعنة لان الغيبة في الغالب تعقبها الرجعة والعنة قل ما تحل بعد استمرارها سنة فكان عود المفقود ارجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم ان يشرع فيه ما شرع فيها **قوله** واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال المص هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران

وفي المروي عن ابي يوسف رحمه الله مائة سنة وقدر بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين وجه رواية الحسن ان الاعمار في زماننا قل ما تزيد على مائة وعشرين بل لا يبلغ اكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالاكثر واما قيل ان هذا يرجع الى قول اهل الطباع فانهم يقولون لا يجوز ان يعيش احد اكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح وغيره فمما لا ينبغي ان يذكر توجيها لمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم اعرف لما دلت عليه النصوص والتواريخ بالاعمار السابقة للبشر بل لا يحل لاحد ان يحكم على ائمة المسلمين انهم اعتمدوا في قول لهم على امر هم يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم اعتباره في شيء من الاشياء ووجه ظاهر الرواية انه من النوادر ان يعيش الانسان بعد موت اقرانه فلا يبنى الحكم عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ الى ان المعتبر موت اقرانه من جميع البلاد واخرون ان المعتبر موت اقرانه في بلده فان الاعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الاقاليم وتطارد بحسب اجرائه تعالى العادة ولذا قالوا الصقالبة اطول اعمارا من الروم فانما يعتبر باقرانه في بلده ولان في ذلك حرجا كثيرا في تعرف موتهم في البلدان بخلافه في بلده فانما فيه نوع حرج محتمل واما المروي عن ابي يوسف رحمه الله فذكر عنه وجه يشبهه ان يكون على سبيل المداعبة منه لهم قيل انه سئل عنه فقال ابينه لكم بطريق محسوس

ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حيوته معلومة ولا يرث المفقود اصلا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود ولو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي لظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه توقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان مع وارث آخر كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل لا يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل المتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى بأتم من هذا

فان المولود اذا كان ابن عشر يدرحل ابوه بكذا وعقد عشرا فاذا كان ابن عشرين كان بين الصبا والشباب بكذا وعقد عشرين فاذا كان ابن ثلاثين يستوي بكذا وعقد ثلاثين فاذا كان ابن اربعين يحمل عليها الاثقال بكذا وعقد اربعين فاذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة الاثقال والاشغال بكذا وعقد خمسين فاذا كان ابن ستين ينقبض الشيخوخة بكذا وعقد ستين فاذا كان ابن سبعين يتوكأ على عصا بكذا وعقد سبعين فاذا كان ابن ثمانين يستلقي بكذا وعقد ثمانين فاذا كان ابن تسعين ينضم امعاؤه في بطنه بكذا وعقد تسعين فاذا كان ابن مائة يتحول من الدنيا الى البقى كما يتحول الساب من اليمنى الى اليسرى ولا شك ان مثل هذا لا يثبت الحكم وانما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن طال عمره ان لا يجاوز المائة وقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول ابي يوسف حتى تبين له خطاؤه في نفسه فانه عاش مائة وتسع سنين ليس موجبا لخطائه لانه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون مخطيا فيما اعطى من الحكم وكذا ذكر الامام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انها مائة سنة لان الحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي انه عاش مائة وتسع سنين او اكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لان الغالب في اعمار اهل زماننا وكذا لا يصح الا ان يقال ان الغالب في الاعمار الطوال في اهل زماننا ان لا يزيد على ذلك نعم المتاخرون الذين اختاروا الستين نبوه على الغالب من الاعمار والحاصل ان الاختلاف ما جاء الا من اختلاف الرأي في ان الغالب هذا في الطول او مطلقا فلهذا قال شمس الائمة الاليق بطريق الفقه ان لا يقدر بشيء لان نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المص الاقيس الخ ولكن نقول اذا لم يبق احد من اقرانه يحكم بموته اعتبارا للحالة بحال نظائره وهذا رجوع الى ظاهر الرواية قال المص والارفق الى بالناس ان يقدر بسبعين وارفق منه التقدير بستين وعندي الاحسن سبعون لقوله عليه الصلوة والسلام اعمار امتي ما بين الستين الى السبعين فكانت المنتهى لبابا قال بعضهم يفوض الى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة كانه مات فيه معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي **قوله** ومن مات منهم اي من يرث المفقود قبل ذلك اي قبل ان يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فجرى مجرى من مات فورثته من المفقود لانه لم يحكم بموت المفقود بعد وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود حيا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الاحد باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل في دفع الاستحقاق عليه وكذلك جعلنا حيا في حق نفسه فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره وكذلك لو اوصى للمفقود مات الموصي في حال فقده وقال محمد لا اقضي بها ولا ابطلها حتى يظهر حال المفقود يعني توقف نصيب المفقود الموصى له به الى ان يقضي بموته فاذا قضي به جعل كانه مات الآن وفي استحقاقه لمال غيره كانه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود ميت في مال غيره **قوله** ثم الاصل انه اذا مات من حيث يرثه المفقود ان كان مع المفقود وارث لا يحجب المفقود بحجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك الوارث اقل نصيبه ويوقف الباقي حتى تظهر حياة المفقود او موته او يقضي بموته وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى لذلك الوارث شيء بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن او ابنة ابن والمال الموروث في يد اجنبي وتصادقوا اي الاجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به لان اخاهما المفقود ان كان حيا فلهما النصف وان كان ميتا فلهما الثلثان فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الاجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت حياته بان كان اقر ان للميت عنده مالا

كتاب الشركة

اقامت البنتان البينة عليه فقضى بها لان احد الورثة يتعصب خصما عن الباقين فانه يوخذ النصف الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بل قال الاجنبي الذي في يده المال مات المفقود فيجبر على دفعه الثلثين للبنتين لان اقراره معتبر فيما في يده وقد اقر ان ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع اقراره قول اولاد الابن ابونا او عمنا مفقود لانهم بهذا القول لا يدعون لانفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يوخذ شيء للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف في ايديهما على حكم ملك الميت فان ظهر المفقود حيا دفع اليه وان ظهر ميتا اعطى البنتان سدس كل المال من ذلك النصف والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الانثيين ولو قالت البنتان مات اخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن بل مفقود والمال في ايديهما اعطينا الثلثين ووقف الثلث لانهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في ايديهما فان ظهر حياته اخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا على انه مفقود يعطى البنتان النصف لانهما انما ادعياه بالاقرار بفقده ويوقف النصف الاخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود ان اباهما مات لم يدفع اليهما شيئا حتى يقوم البينة على موته قبل ابيه او بعده فان اقامت على موته قبله يعطى لهم الثلث والثلثان للبنتين لان الميت على هذا مات عن بنتين واولاد ابن وان قامت عليه بعده يعطى لهم النصف لان الميت مات عن ابن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المص ونظيره اي في وقت الميراث عند الشك في النصيب الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واحترز به عما روي عن ابي حنيفة يوقف له ميراث اربع بنين لما قال لو شريك امرأة بالكوفة لابي اسمعيل اربع بنين في بطن واحد وعما عن محمد ميراث ثلاثة بنين وفي اخرى نصيب ابنين وهو رواية عن ابي يوسف نصيب واحد وعليه الفتوى ولو كان مع الحمل وارث اخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه للمتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابنا وامرأة حاملا يعطى المرأة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيئا وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للمتيقن به مثاله ترك امرأة حاملا وجده يعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا واخا وعما لا يعطى شيئا لان الاخ يسقط بالابن وجاز ان يكون الحمل ابنا فكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان اصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيئا ولو ترك حاملا واما او زوجة تلغ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان بنتا اخذت الام الثلث او حيا اخذت السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الربع والله الموفق للصواب.

كتاب الشركة

هو باسكان الراء في المعروف او هو الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الاخر كما ان مال المفقود امانة في الحاضر وكون الاشتراك قد تحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث اخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاول جامعة فيهما وفي الابق واللقيط واللقطة على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها واولاد الاباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والابق وكان بعضهم يتخيل ان عرضية الهلاك للمال فقال ان المال على عرضية القوي حاصل محاسن الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما وما قيل انه اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلها ليس له اسم من المادة ولا يظن ان اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلها ايضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف في فيقال اشتركا في المال اي حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه اي متعلق به اشتراكهما

الشركة جائزة لانه صلى الله عليه وآله وسلم بعث والناس يتعاملون بها فقرهم عليه **قال** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز احدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه كل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي منه وشركة يتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب رجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بصنعهما اختلاطا يمنع التمييز رأسا او لا يمنع وتجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور من غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى

اي خلطهما وكذا في شركة العين اختلاطهما وفي شركة العقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط فاذا قيد بشركة العقد بالاضافة في اضافة بيانية **قوله** الشركة جائزة الخ قيل شرعيتها بالكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصلي الذي هو شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء اي من المشتركين لا ينقص على جواز كل منهما مع انه حكاية قول داود وعرم اخبار للخصمين عن شرعيته اذ ذاك فلا يلزم استمراره في شرعنا واما السنة فما في ابي داود وابن ماجة والحاكم عن السائب انه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداري ولا تماري وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السائب عن النبي صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلوة والسلام مرحبا باخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري يا سايب قد كنت تعمل اعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السائب صيفي بن عائذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقول السهيلي فيه انه كثير الاضطراب فمنهم من يرويه عن ابي السائب ومنهم من يرويه عن قيس بن السائب ومنهم عن عبد الله بن السائب وهذا اضطراب لا يثبت فيه شيء ولا يقوم به حجة انما يصح اذا اراد الحجة في تعيين الشريك من كان اما عرضنا وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث يداري مهموز في الحديث اي يدافع ثم ايراد المشايخ هذا انما يفيد ان الشركة كانت على عهد الجاهلية وهو جزء الدليل اعني انه بعث وهم يتشاركون فقرهم ومفيد الجزء الثاني ما في ابي داود ومستدرك الحاكم عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانه خرجت انا من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه ابن القطان بجهالة والد ابي حيان وهو سعيد فان الرواية عن ابي حيان عن ابيه فهو سعيد بن حيان فرواه غيره عن ابي حيان مرسلا ورواه الدارقطني يد الله على الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك ان كون الشركة مشروعة اظهر ثبوتا مما ثبت شرعيتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم ولهم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المص على ادعاء تقريره عليه الصلوة والسلام عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها وظاهر هذا الحمل من القدوري القصر فذكر المص انها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما اذا اتهبا عينا او ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع من احدهما بان اتفق كيسا هما المتجاوران فاختلط ما فيهما او اختلط بخلطهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة بالحنطة او تعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا لان بعضهم ذكر في شركة الاملاك الشركة في الدين فقيل مجاز لان الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولهذا جاز هبته ممن عليه الحق وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولهذا لم تجز من غيره من عليه والحق ما ذكر او من ملكه ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما شيئا كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما اخذ وليس له ان يقول هذا الذي اخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك ولا يصح من المديون ايضا ان يعطيه شيئا على انه قضاء واخر الآخر قالوا والحيلة في اختصاص الآخذ بما اخذه ان يهبه من عليه مقدار حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف في نصيب شريكه الا بامره لان كلا منهما في نصيب الآخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وانه يجوز ان يبيع نصيبه من الشريك في جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في الخلط والاختلاط فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المص وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى وحقيقة الفرق

والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويا في مالهما وتصرفهما وديونهما لا لها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم ساووا فهم فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملك الآخر لفات التساوي وكذلك في الدين لما بين ان شاء الله تعالى

ما اشار اليه في الفوائد الظهيرية وهو ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشتريا حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شائعا جائز من الشريك والاجنبي بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط لان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للآخر فيها شركة فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على التسليم الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف بيعه من الشريك لقدرته على التسليم والتسليم واما ما ذكره شيخ الاسلام من ان خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال الملك عن المخلوط مالا الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سببا لزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد منهما زائلا الى الشريك في حق الآخر من الاجنبي غير زائل في حق البيع من الشريك فقد يمنع ثبوت الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات ثابتة من وجه قبل اسبابها وايضا فالزوال الى الخالط عينا لا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب كل منهما زائلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر اثره في ذلك وانما يتبين به اي تعد هو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه **قوله** الضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول ثم فسر بالمعنى بقوله وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا فيقول الآخر قبلت اي في كذا من المال وفي كذا من التجارات البزازية والبقالية في الخان او في كل مالي ومالك هما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الآخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سيأتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى هذا لو وقع القاضي لرجل وقال اخرج شهادا تشتروا ما كان ربح فهو بيننا وقيل الآخر واخذ وفعل ان عقدت الشركة ويندب الاشهاد عليها وذكر محمد كيفية كتابتها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة ثم يبين قدر راس مال كل منهما ويقول وذلك كله في ايديهما يشتريان به ويبيعان جميعا ويسلمان ويعمل كل واحد منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة الا ان بعض العلماء يقول لا يملكه كل واحد منهما بدون الاذن الصريح به فلا يتحرز عنه بكتابة هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهم على قدر رؤس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر راس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا فاسد فاذا كانا شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا على ذلك في حال كذا وفي يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كيلا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الآخر قبل هذا التاريخ **قوله** وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة وهذا الشركة منصوب على المصدر معمول المعقود وكل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه اي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف واصيلا في الآخر لا يكون المستفاد مشتركا كالاختصاص المشتري واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب **قوله** ثم هي اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه قيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال ولا وفي الذكر اما ان تشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضرره او لا فان شرطا ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال اما ان تشترط العمل في مال الغير او لا فالاول الصنائع والثاني الوجوه وقيل عليه انه يقتضي ان شركة الصنائع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما يأتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منها على وجهين مفاوضة وعنان وسيأتي البيان ان شاء الله تعالى **قوله** فاما شركة المفاوضة فهو ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما وديونهما ويكون كل منهما كفيلا عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما انه وكيل عنه لانها شركة عامة لتعمم

وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رح وقال مالك رح لا اعرف المفاوضة وجه القياس ان الكفالة
بمجهول الجنس والوكالة بمجهول كل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله صلى الله عليه وسلم فاوضوا فانه اعظم للبركة ولانه
يعاملونها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة محتملة تبعا كما في المضاربة ولا تتعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد
شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى **قال** ويجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي

كل منهما الى صاحبه على العموم في التجارات والتصرفات لان المفاوضة الشركة والمفاوضة المساواة فتلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك
فيه فعم التساوي في ذلك ولا يخفى ان قول المص اذ هي من المساواة تساهل لانها مادة اخرى فكيف تحقق الاشتقاق بل هي من التفويض او الفوض
الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر واتحاد المعنى ان معناها المساواة واستشهد لقول الاقوه الاودي + لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم + ولا سراة
اذا جهالهم سادوا + وبعده + اذا تولى سراة الناس امرهم + نما على ذاك امر القوم وازداد وقيل بعده تهدى الامور باهل الرأي ما سلمت +
فان تولت فبالجهال تنقاد + ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا بنفسه مراوده كيف
كان تحققت المنازعة والفساد كما في قوله تعالى لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع لركب في الركب
والسري فعيل جمع فعلة بالتحريك واصله سرية فحركت الواو وانفتح ما قبلها فقلبت الفا فصار سراة واصل سري سريو اجتمعا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت
الواو ياء ثم ادغمت في الياء وسياتي وجه المساواة فلا بد من تحقق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء اي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد
غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شاء وكان لبقائه حكم الابتداء فيمنع ابتداء العقد من التفاوت في المال يمنع بقاؤه حتى لو كان المالان
سواء يوم العقد ثم ازدادت قيمة احدهما قبل الشراء فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زادت بعد الشراء بالمالين لان الشركة
انتقلت الى المشتري فانما تغير تغير بسعر راس المال بعد خروجه عن الشركة فيه وطء اشتريا بالجميع مال احدهما ثم فضل مال الآخر فعلى القياس تفسد المفاوضة
وفي الاستحسان لا تفسد لان الشراء بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قائمة معنى لان الآخر لما ملك نصف الشيء
صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ما يستحق به لصاحبه غير انه لا يشتريان اتحادهما صفة فلو كان لاحدهما دراهم سود والآخر مثلها بيض
وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لاحدهما الف وللآخر مائة دينار قيمتها الف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا
لو ورث احدهما دراهم او اتهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على
قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة فقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى ان يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا
وكذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك احدهما تصرفا لم يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما بينا عن قريب **قوله** وهذه الشركة

جائزة في قول اصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول الشافعي رح وقال مالك رح ولا اعرف المفاوضة وهذا لا يلزم من تناقض
كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول امثال ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في
الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي ان يفوض كل الى الآخر التصرف كله في غيبته وحضوره ويكون
يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره ابو بكر الرازي وجه قولهما وهو وجه القياس
انها تضمنت الوكالة بشراء مجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل بانفراده فاسد لو قال وكلتك بشراء عبد او ثوب لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو
كفل لمن يستدينه بما لا يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جائزة كما لو قال لآخر وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل
ما شاء قلت العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام اهل الآخر وكسوتهم فاذا لم يكن حاصلا كان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان ان احدهما
ما روي عنه عم انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة اي ان عقد المفاوضة اعظم للبركة وقوله عم اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف

وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة رح ومحمد وقال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود وهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمرا او خنازير صح ولو اشترها مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين

في كتب الحديث اصلا والله اعلم به ولا يثبت به حجة على الخصم وانما اخرج ابن ماجة في التجارات عن صالح بن صهيب عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الى اجل والمقارضة واخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع وفي بعض نسخ ابن ماجة المعاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبط المعارضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله والاخر ما ذكره من ان الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط الذي ذكرتم من المساواة في جميع ما يملكه كل من المتفاوضين بل على شرط التفويض العام كما عن مالك لم يكن ثم اجماع عن القياس فقال الجهالة محتملة لانها انما تثبت تبعا والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما في المضاربة فانها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالزام وانتظم الكلام الى هو قوله والجهالة محتملة تبعا الجواب عن الزام الكفالة بمجهول وفصل الجواب فيما في المبسوط فقال واما الجهالة فيها لا تبطل الكفالة ولكن تمكن المنازعة بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد منهما انما يصير ضامنا عن صاحبه بالزمه بتجارته وعند اللزوم المضمون له والمضمون به معلوم وكان المص انما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة بمجهول ابتداء لان عند اللزوم لا بد ان يتعين المكفول له فاكتفى بنفي الالزام لما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعا لا مقصودا ولا يلزم من عدم صحة الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات ضمنا شرعا اخذا من هذا الجواب بكذا تصرف نافع لا مانع فيه الشرع فوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة بمجهول يمنع اذا ثبت قصدا ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن اين اشتراط المساواة في المال قلنا هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك ان الشركة في صورة يكون الشريكان متساويين لما لين على وجه التفويض على العموم جائزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فقلنا ان عقدا على الوجه الاول سميناه الشركة مفاوضة والا سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لحجاننا اياه علما على تمام المساواة في امر الشركة فاذا ذكرناها ثبت احكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكرها لعدم تحقق رضاهما باحكامها الا ان يذكرا تمام معناها بان يقول احدهما وهما حران بالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع ما املك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة وعلى ان كل ما ضمن عن الآخر بالزمه من امر كل بيع وهذا قول المص وينعقد بلفظ المفاوضة لتعذر شرائطها عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما يقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقد بلفظ المفاوضة وبعض شرائطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنتفي من شرط العنان فيكون تعبيرا بالمفاوضة عن العنان **قوله** ومن كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا ان فيه للوصل وقول لما قلنا اي لتحقق التساوي اذا لكفر ملة واحدة **قوله** ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة اصلا ولو اذن له الولي ولا يملك في التصرف الا باذنه **قوله** ولا بين الكافر والمسلم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح يجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون احدهما وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الآخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في اصل التصرف مباشرة ووكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في العقد على متروك التسمية الا انه يكره اي عقد الشركة بين المسلم والكافر لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود او لا يحترز من الربا فيكون سببا لوقوع المسلم في اكل الحرام وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال ابو يوسف يجوز بناء على استعمال الجواز في اعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو

ولا بين الصبيين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كما لا يشترط اتحاد الجنس
وهو قيد لكونها مساواة وتكون عنانا قال وتنعقد بالوكالة والكفالة لما بينا وأما الكفالة لتحقق المساواة فيما هو من موجبات التجارة وهو
موجب المفاوضة قال وبالشركة كل واحد منهما كفيل على الشركة أداء لما هو من موجبها وكذا الأداء لأن مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه
في التصرف وكان بدل واحد منهما كبدل الآخر فيما استفاد من الكسب استحسانا لأنه مستغنى عن المفاوضة لتحقق الحاجة الراتبة حقيقة الوقوع ولا يمكن إيجابه على
صاحبه لأن الضمان لا يجب من الشراء فيختص بمن وجد والقياس أن يكون على الشركة لما بينا ولنا أن الخبز الحاصل بالثمن الذي اشتراه المشتري بالأصالة وصاحبه
بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته بما أدى لأنه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال ويلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه
الاشتراك فالآخر ضامن له حقيقة لمساواته فيما يصح فيه الاشتراك الشراء والبيع والاستيجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم
العمد من النفقة قال ولو كفل أحدهما بمال عن أجنبي لزم صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزمه لأنه تبرع وهذا لا يصح من أهله والصحيح ما ذكره المكفول له
ولو صدر من أهله يصح من الثلث صار كالاقراض والكفالة بالنفس كذا حنيفة رحمه الله أنه تبرع ابتداء وصار وضعه بقاء لأنه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره
فالنظر إلى البقاء يمنعه المفاوضة وبالنظر إلى الابتداء لم تصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض بخلاف الكفالة بالنفس لأنه مستوجب
ابتداء وانتهاء وأما الاقراض فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يلزم صاحبه ولم يصرح بالإعارة فيكون المشهور عنه أحكم البدل حتى لا يصح فيه لأجل فلا يتحقق معاوضة

للعاقب عليه وفيه نظر لأن قضية الاستثناء أن يتقيد الحكم بما بعد إلا فيكون قد أخرج الكراهة التي تضمنها الجواز عنه فلا تثبت فأما هو استدراك من الجواز فإن مطلقه
ينصرف إلى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة أي لكنه مكروه وبعض أهل الدرس قالوا يريد الاستثناء المنقطع لمبارزة معنى لكن وهو غلط لأن المستثنى في المتصل
والمنقطع مخرج من حكم الصدر فالمحارم لم يجئ في قوله جاؤا الأحمار فيقتضي إخراج الكراهة من ثبوت الجواز فلا تثبت الكراهة ولهما أنه لا تساوي في التصرف فإن
الذي لو اشترى برأس مال خمورا وخنازير يصح ولو اشترى بها المسلم لا يصح لكن بقي قول أبي يوسف كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع أن التفاوت فيهما
عليكان لم يجب وكذا بين الكتابي والمجوسي فإن المجوسي يتصرف في الموقوذة لأنه يعتقد بإلهيتها دون الكتابي وكذا الكتابي يؤاجر نفسه للذبح دون المجوسي وأجيب
بأن منهم من جعل الموقوذة بالاستقوما في حقهم فلا يفصل بين المجوسي والكتابي فيتحقق المساواة في التصرف وأما مؤاجرة نفسه للذبح فكل منهما من أهل أن
يتقبل ذلك العمل على أن يعمل بنفسه أو نائبه وإجارة المجوسي نفسه للذبح جائزة يستوجب بها الأجر وإن كان لا تحل ذبيحته وأما الحنفي والشافعي فالمساواة
ثابتة لأن الدليل على كونه ليس بمتقوما قائم وولاية الإلزام بالحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي وأما المسلم مع المرتد فلا
تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره الكرخي وذكر في الأصل قياس قول أبي يوسف أنه يجوز عنده **قوله** ولا بين الصبيين يعني ولو أذن وليهما لأنهما ليسا من
أهل الكفالة ولا بين العبدين والمكاتبين **قوله** وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الخ وذلك كما لو عقد بالغ وصبي أو حر وعبد أو مكاتب وشرط
عدم الكفالة تصير عنانا وإن عمها التصرف والمال وتساويا فيه لأن عقد شركة العنان قد يكون خاصا كما يكون عاما بخلاف المفاوضة لا يكون إلا عامة
قوله وتنعقد أي المفاوضة على الوكالة والكفالة وإن لم يصرح بهما فإن ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره أي وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتريه
وكفالة كل منهما الآخر بما انعقدا عليه الوكالة ليتحقق غرض الشركة وقوله على ما بينا يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح وأما الكفالة
فلتحقق المساواة التي هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من أفعالهما وما يشبهه ما هو تجارة وما يشبهه
كل واحد منهما يكون على الشركة الإطعام أهله وكسوتهم فيختص به ومع ذلك يكون الآخر كفيلا عنه حتى كان لبائع الطعام والكسوة له ولعياله وأداهم أن يطالب
الآخر ويرجع الآخر بما أدى على الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى أحدهما جارية للوطء بإذن شريكه فإنه يختص بها على ما سيأتي في آخر الشركة إن شاء الله تعالى
وإنما اختص بذلك لم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة فإن الحاجة الراتبة معلوم وقوعها أي المستمرة من قولهم ربت الشيء إذا دام ومنه المربية
أي ذات الحضانة الثابتة وضمها ولا يمكن إيجاب نفقة عياله على صاحبه فكان مستثنى ضرورة والقياس وقوعه على الشركة لما بينا من أن مقتضى العقد المساواة
ثم كفالة كل لآخر إنما هي فيما هو من ضمان التجارة أو ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار إن شاء أخذ المشتري منه بدينه وإن شاء أخذ
بشريكه وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد وأجرة ما استأجره سواء استأجره لنفسه أو لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة
ضمان غصب أو استهلاك عند أبي حنيفة أو وديعة إذا جحدها أو استهلكها وكذا العارية لأن تقرر الضمان في هذه المواضع بفعله تملك الأصل فتصير
في معنى التجارة ولو لحق أحدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ به كأروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن هذا ليس
أن يحلف الشريك على العلم إذا أنكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على أحدهما بيع خادم فأنكره فللمدعي أن يحلف المدعى عليه على الثبات وتنزل
على العلم لأن كل واحد لو أقر بما ادعاه المدعي يلزمهما بخلاف الجناية لو أقر أحدهما لا يلزم الآخر فلا فائدة في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امرأة
شركة مفاوضة مع رجل أو امرأة ثم خالعت زوجها على مال لا يلزم شريكها وكذا لو أقرت ببدل الخلع أو الزمه أحد الشريكين وهو أجنبي **قوله** ولو كفل

ولو كانت بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء **قال** فان ورث احدهما مالا لم يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلب المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح راس المال اذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه لانها تقبل عنانا للامكان فان المساواة ليس بشرط فيه لدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم

احدهما مال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يلزم صاحبه لانه اي الكفيل متبرع ولهذا لا تصح الكفالة من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر اي عقد الكفالة من المريض مرض الموت صح من الثلث وصار كالاقراض اذا قرض احدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور عقد الكفالة في المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها يلاقي مال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما نذكره ذكره الاسبيجابي وكون الاقراض لا يلزم الشريك ولو اخذ فيه متقبحة هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح قال بعضهم قال ابو يوسف رح لا يجوز نسبة الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال بعضهم يعني القرض لشريكه نوى المال او لم ينو وقياس قول ابي يوسف يضمن المقترض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك وكذا المقرض وعند ابي حنيفة ضمان الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقترض ولابي حنيفة رح انه اي عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء ومعاوضة بقاء كالهبة بشرط العوض لانه اي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه عنه اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعد بالزم عليه فبالنظر الى البقاء يتضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره والوجه ان يقول ممن ذكره يعني الصبي والعبد الماذون والمكاتب لا يبعد ان يكون مبنيا للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الهاء وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقي الذمة والذمة في الماذون كالمشترك بينه وبين المولى حتى يصح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشركة لان لزومها ليس الا في حالة البقاء لانا انما نقول يلزم شريكه بعد ما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا يستوجب المكفول له على الكفيل شيئا في ذمته من المال وانما الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد بالنسيئة في الاموال الربوية فتكون المثلية اي لمثل الدراهم والدنانير المقرضة حكم عينها لا حكم البدل ولهذا لا يصح في التاجيل اي لا يلزم ان يجري على موجب التاجيل في الاعارة والقرض والا لزم الجبر فيما فيه تبرع وهو باطل على ان عن ابي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك بناء على شبه المعاوضة بلزوم المثل قلنا ان نمنع **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره اي امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة انتهاء ايضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح تشير الى خلاف المشايخ وما ذكره المص مختار الفقيه ابي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا للتفرقة بين كونها بامره او لا **قوله** وضمان الغصب والاستهلاك وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية والاقراض بهذا الاشارة تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المص ابا حنيفة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك محمد مع ابي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف كما نقلنا لابي يوسف فيها لانه ضمان وجب لسبب غير تجارة فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمل الشركة ولنا ان ضمان الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار الماذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب ويؤاخذ به في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما تجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتملك وكذا ملك المغصوب والمستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المتعاوضين ملتزما ضرره ولغة وفي الكافي في الاعارة الرهن نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو اقر احد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له

قوله عند ابي حنيفة

فان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا يصح فيه الشركة فلا يشترط المساواة فيه

لم يلزم الآخر عند ابي حنيفة ويلزمه عندهما واصله ان الوكيل لا يملك العقد مع مولاه عنده خلافا لهما وسيأتي انشاء الله تعالى **قوله** وان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا اذا وهب له فقبضه او تصدق به عليه او اوصى له به او زادت قيمة دراهم احدهما البيض على دراهم الآخر السود او دنانير قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى مدة صارت عنانا ولو ورث ما لا يصح فيه الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت لفوات المساواة فيما يصلح رأس مال الشركة اذ هي اي المساواة شرط الصحة ابتداء وبقاء وانما كان ما هو شرط ابتداء شرطا لبقائها لكونه اي عقد الشركة عقدا غير لازم فان احدهما بعد العقد لو اراد فسخها فسخها او رد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان لبقاءها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد احد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لدوامها حكم الابتداء حتى لا تبقى بموت احد المتعاقدين تبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم اجيب بان القياس في الاجارة ان يكون غير لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما في الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين والنفس بموت احدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى ملك الوارث بموت المستأجر فلو بقيت لزم ارث المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بخدمته العبد تبطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان وان كانت الوصية لازمة ولا بأس ان نذكر فروعا من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب مرزجا ان يشتري عبدا بينه وبينه فذهب فاشترى وشهدا انه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الآخر لشراء نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضور الآخر لان كلا منهما وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يجز ذلك حتى اذا تصرف قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الآخر فكذلك في الشركة ولو امره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه آخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فالعبد بين الآمرين نصفين ولا شيء للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذا لغيره لانه انما يملك شراءه لنفسه ولما امره الثاني ان يشتريه بينهما فقد امره بشراء نصفه له فينصرف الى النصف الآخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قيل لا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو اشترى رجل عبدا فقبضه وطلب اليه آخر ان يشركه فيه فاشركه فيه فله نصفه بنصف مثل الثمن الذي اشتراه به وهذا بناء على ان مطلق الشركة يقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث الا ان يبين خلافه ولو اشترك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم اثلاثا ولو اشترى اثنان عبدا فاشتركا فيه آخر فالقياس ان يكون له نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار مالكا نصف نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما حين اشتركا ساويا به بانفسهما وكان كانه اشترى العبد معهما ولو اشركه احد الرجلين في نصيبه ونصيب الآخر فاجاز شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رح ان احد الشريكين اذا قال لرجل اشركتك في هذا العبد فاجاز شريكه كان بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء وكذلك لو اشركه احدهما في نصيبه ولم يسم في كم اشركه ثم اشركه الآخر في نصيبه كان له النصف ولو قال احدهما اشركتك في نصف هذا العبد فقد روى ابن سماعة عن ابي يوسف كان مالكا جميع نصيبه منه بمنزلة قوله قد اشركتك في نصفه الا ترى ان المشتري لو كان واحدا فقال لرجل اشركتك في نصفه كان له نصف العبد كقوله اشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يملك الرجل بهذا اللفظ

فصل ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم الدنانير الفلوس النافقة وقال مالك رح يجوز بالعروض المكيل والموزون اذا كان الجنس واحدا لانها تتقدر على ما مر معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم يضمن فتقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كرا من حنطة راس ماله الكر فضل الثمن فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن خلافا لابي يوسف والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذا كان نقدا فكان ربحا ما لم يضمن ولان اول التصرف في العرض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين شريكه جائز واما الفلوس النافقة فروج رواج الاثمان فالحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها فلحقت بالنقود عندنا حتى لا تتعين بالتعيين ولا تتبع بيع قفيز واحد بناء على ما عرف انا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها للتعامل ساعة فساعة فيصير سلعة وعند ابي يوسف رح من قول محمد هذا لان الشرع اقامها وعند ابي حنيفة رح صحة المضاربة بها قال ولا يجوز الشركة بالعروض لان التعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح الشركة بها كما ذكره الكرخي ولا يكون المتاع وقت العقد ربحا قبل ذهب او فضة وزيادة النقرة في هذه الرواية التبر سلعة متعين بالتعيين فلا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين حتى لا تنفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح راس المال فيهما وهذا لما عرف انها خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانها وان خلقت للثمنية لكن الثمنية تقبل النقض بالنص بالخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح راس المال

ملكا جميع نصيبه باقامته حرف في مقام حرف الباء فانه لو قال اشركتك بنصيبي كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكر كلمة تبتنى على ميزة المشتري لها للتذاكر استنباط الملك فانبنى على ان من اشترى عبدا فلم يقبضه حتى اشرك فيه رجلا لم يجز بيع ما لم يقبض كما لو اولاه اياه ولو اشركه بعد القبض لم يسلمه اليه حتى هلك لم يلزمه ثمن لان ملك البيع في يد البائع قبل التسليم يبطل البيع ويعلم انه لا بد من قبول الذي اشركه عبد لان لفظ اشركتك صار ايجابا للبيع ولو قال اشركتك فيه على ان تنقد عني الثمن فعل كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي له لانه لو نقد عنه رجع عليه بما نقد لانه قبضه بامره ولا شيء له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون القبض لا يوجب شيئا ولو قبض نصف المبيع ثم اشرك فيه آخر ملك الآخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه لان الاشراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الى الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشراكه في كله ولو قال رجل لآخر انا اشتري هذا العبد فقد اشرك فيه صاحبه او فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلا منهما هو كل لصاحبه بان يشتري نصف العبد له فايهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد الموكل ما لم يمنعه حتى لو مات كان من مالهما فان اشتراه معا او اشترى احدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشترى صاحبه النصف الآخر كان بينهما لتمام مقصود كل منهما ولو نقد احدهما كل الثمن في هذه الصورة ولو بغير امر صاحبه رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الآخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه احدهما ونقد الثمن فاذا اذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه احدهما على ان له نصفه كان بائعا نصيب شريكه بنصف الثمن ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة رح وفي قولهما البيع على نصف المأمور خاصة وبناه على فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني ان من قال لغيرك هذا الا نصفه بالف كان بائعا للنصف بالف ولو قال لغيرك بالف على ان لي نصفه كان بائعا للنصف بخمسمائة لان الكلام المقيد بالاستثناء عبارة عما وراء المستثنى فكانه قال لغيرك نصفه بالف فاما قوله على ان لي نصفه فما صلة ضم نفسه الى المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مقيدا يصح كما في شراء رب المال مال المضاربة من المضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فيقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقى نصف العبد بنصف الثمن على المشتري **مسألة** اشترى نصف عبد بمائة واشترى آخر نصفه الآخر بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة او بمائتين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة او بعشرة عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في الحل دون الثمن الاول واما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فباعتبار الثمن الاول الا يرى انه لا يستقيم هذه البيوع في المغصوب لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو اشترى بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا فلذا الثاني توضيحه انا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة في حق احدهما ووضيعة في حق الآخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك بخلاف المساومة الكل في المبسوط ❊

فصل لما ذكر اشتراط المساواة في راس مال شركة المفاوضة احتاج الى بيان ما يحتمل تصحيح بقال لا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال لا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط ان المفاوضة والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل يصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل بلا مال وصدق لبعض المفاوضة ينعقد بالدراهم والدنانير وفلوس وهو ينافض لا ينعقد المفاوضة الا بالدراهم الخ لان الايجاب الجزئي ينافض السلب الكلي والتقييد بما ذكره يخرج الدين والعروض وهو قول احمد والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك يجوز

ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما ربح متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك في قول ابي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد عند محمد رح تصح شركة العقد لقوة الاختلاط تظهر عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر رواية ما قاله ابو يوسف لانه تعيين بالتعيين بجعل الخلط حكما متعينا

بالعروض اذا اتحد جنسها وقال الاوزاعي وحماد بن ابي سليمان يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بهما يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد وكما لا يجوز عندنا بالعروض لا يجوز ان يكون راس المال احدهما عرض والآخر دراهم او دنانير ولم يشترط حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء وتقدم انه لو دفع الى رجل آخر الفا وقال اخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا انه لا بد ان يقيم البينة انه فعل ليلزم الآخر اذا لم يصدقه لو ثبت وسيتقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلحان راس مال الشركة الا فيما سنذكره واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم ابو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على ان قال لا تجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس حملا لها وبعضهم حمل الظاهر الجواز وعدم الجواز رواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الاصل وهم لم يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول ابي يوسف رح الاول وقال المص قالوا يعني المتاخرين هذا قول محمد واستدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين اذا كان بعينهما عند محمد خلافا لهما وسيأتي الوجه والتقييد باعيانهما احترازا لما لو باع فلسا بفلسين دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النسا تثبت باتحاد الجنس وجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا فقد عقدت على راس مال معلوم فكانت كالنقود بخلاف المضاربة حيث لا يجوز الا بالنقود لانها شرعت على خلاف القياس لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد الشرع ولنا ان راس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يودي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل منهما عرضه واتفق تفاضل الثمنين فما يستحقه احدهما من الزيادة على حصة راس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح ما لم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فان كل واحد ثم وكيل عن صاحبه في الشراء بماله والشيء كل منهما لا يتعلق براس المال لعدم التعيين فيكون واجبا في ذمته فربحه ربح ما ضمنه فان قيل هذا لا يلزم لانه لا يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما كمكيلين او موزونين او غيرهما اتحد القيمة كثياب للكرباس من مائة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبه مثلا فاذا باعا جملة في وقت طلوع السعر من ذلك لم يعلم ان عدد ما بيع من الآخر وقبضه المشتري تساويان بل الظاهر انهما متفاوتان فيلزم اختصاص احدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه وهو مجهول فتؤدي الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الآخر لم يضمن لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ولا يفيد ان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر راس المال قيمة العروض اما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا تنازع فلم اللازم ربح ما لم يضمن وتعذر ما يدفعه ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع الانسان ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيئا بماله على ان يكون الآخر شريكا فيه يجوز وعلمت ان الخلط لا ينفي ذلك وجه قول محمد ان الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالحقت بها ولابي حنيفة وابي يوسف ان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففي كل ساعة ينتفي بانتفاء الخلقة وتصير ثمنا بالاصطلاح القائم ولا يخفى ان هذا انما هو في الملاحظة اما في الخارج فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولهذا قال الاسبيجابي الصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد بهلاكها قال المص ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر لان قوله مع ابي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين وعن ابي حنيفة جواز المضاربة بها وعلى ما ذكر في مبسوط الاسبيجابي يجب ان يكون قول الكل لان على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع فلس بفلسين كما ذكرناه فيما يليه حيث قال ولا يجوز الشركة بما سوى ذلك لان تبايع الناس بها كالتبر وهو غير المضروب والنقرة وهي القطعة المذابة

ولمحمد انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة وبيع من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين فجاز في العروض لانها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بينهما بالاتفاق والفرق لمحمد ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات القيم فتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء

منها ونقل المص اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع لا تكون المناوضة بها قبل ذهب وفضة ومراده التبر فعلى هذا التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح راس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى هذا يصلح راس مال فيهما وهذا المانع انها خلقا ثمنين ثم قال الا ان الاول اصح يعني رواية لانها انما خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فخرج ضربها حليا فانها تتعين البتة وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجز التعامل بها ثم قال الا ان يجري التعامل بها اي بالتبر والنقرة استثناء من قوله اصح وهو كونهما لا تصح الشركة بهما فكان الثابت انهم اذا تعاملوا بقطع الذهب والفضة صلحت راس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المص قوله اي القدوري لا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه بينا قبل الخلط لانها عروض محضة لكل منهما متاعه وعليه وضيعة ويختص بربحه وكذا ان خلطا ثم اشتركا عند ابي يوسف اي لكل منهما متاعه يختص ربحه وضيعته لانتفاء شركة العقد والوضيعة خسارة التجارة يقال سنة سنيا للمغفول وضع التاجر دوكس في سلعته يوضع وضيعة اي خسر وقال قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل وعند محمد رح تصح شركة عقد اذا كان المخلوط جنسا واحدا وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف لا يصح وعند محمد يلزم هو قول ابي يوسف هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه تتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح راس مالهما ولا يصح راس مال الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كما ان ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لان المخلوط لا يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد قوله لمحمد رح انها اي المكيل والموزون والمعدود المتقارب عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة وهو من حكم الاثمان فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين وهما الخلط وعدمه بشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة بها قبله وبشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده وهذا لان الخلط يثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة العقد بخلاف العروض المحضة فانها ليست ثمنا بحال وظاهر الرواية هو الاظهر وجهالان المكيل والموزون قبل الخلط ليس شيئا غير العرض لا يشبهه بل هو عرض محض وازدادت العرضية في الجملة وكون الشيء متاصلا في حقوقه وله شبه بما هو ذي لا يقال له شبه وغاية ان الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفتين المفسد وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط اذ الازم قول مالك وقد بينا ولو كان المخلوط جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن ثم عقدا لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين صحة العقد بعد صحة الخلط في متفقي الجنس حيث يجوز والمختلفين حيث لا يجوز ان ما من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن مثله مثله فيمكن تحصيل راس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم متلفه قيمته فيتمكن الجهالة لا يمكن ان يصل كل منهما الى غير حقه من راس المال وقت القسمة كما في العروض قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قيل اراد قضاء الجامع الصغير ولم يتفق في هذا الكتاب ويمكن تاويله انه بينه في غيره الا انه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل ان الخالط تعدى بالضمان لتصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه او بخلاف جنسه ولا تمييز كشرح رجل خلطه بزيت غيره او تمييز بعد كخلطه خلطها بالشعير لانه انقطع حق مالكها بهذا الخلط فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما تيسر معه كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب الضمان يجب على الخالط سواء كان اجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغير من في عياله كبيرا كان او صغيرا وكان في عياله فان لم يظفر بالخالط فقال احد المالكين اذا اخذ المخلوط واعطى صاحبي مثل ما كان له فرضي صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بذلك صح وان ابى بيع المخلوط وقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير على ما ذكر وهو ان يضرب صاحب الحنطة بقيمتها مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب قيمتها الا بالصفة التي بيعت بها والشعير

قال واذا اراد الشريكان ان يقسما عروضا بيع كل واحد منهما نصف عرض الآخر بنصف عرضه ثم عقدا الشركة قال زفر وهذه شركة عنان اما بيان العروض لا تصح راس مال الشركة واذا كان قيمة متاعهما على السواء ولو كانت بينهما تفاوت بيع صاحب الاقل بقدرها يثبت به الشركة

يزداد قيمته بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الخلطة فلا يستحق ان يضرب بها مخلوطا فلذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يتم على قول ابي يوسف ومحمد ورواية الحسن عن ابي حنيفة ان ملك الخالط لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط وبين تضمين الخالط اما على ما هو ظاهر مذهبه فملك الخالط وحقه في ذمته فلا يباع ماله في دينه لما فيه من الحجر عليه وابو حنيفة لا يرى ذلك والاصح انه قولهم جميعا لان ملكه وان انقطع عن المخلوط فالحق فيه باق لم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط قبل اداء الضمان فلبقاء حقه يكون لهما ان يستوفيا حقهما من المخلوط اذا صلحا بالتراضي او بيعا وقسمة الثمن فان اتفقا على الخلط ورضيا به وهو جنس واحد مكيل او موزون صار عينا مشتركة فاذا باعاه اقتسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعاها بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل منهما يوم باعا لان كلا منهما يملك الثمن بملكه المبيع داخل في العقد من العوض فيقسم عليهما باعتبار القيمة وان كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما اذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطا لان الثمن بدل المبيع فيقسم على قيمة ذلك كل منهما وملك كل منهما كان معلوما بالقيمة وقت الخلط فيعتبر تلك القيمة لكن مخلوطا ان لم يزد بالخلط قيمة احدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان احدهما يزيده الخلط خيرا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد اذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لان النقصان حاصل بعمل هو راض به وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر وقد طعن عيسى رح في الفصلين جميعا فقال قوله في الفصل الاول انه يعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فان قيمة الثمن على القيمة يكون وقت البيع الا ان يكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الائمة بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة ملك كل منهما وقت البيع فاذا تعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة ملك كل منهما كما في جارية مشتركة بين اثنين اعتق احدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها وقت العتق فيصار الى معرفة قيمتها في اول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا يصار الى معرفة قيمة كل في اول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم ان الخلط يزيد في مال احدهما وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكهما وقت الخلط ليتقنا بزيادة ملك احدهما ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما من ذوات الامثال فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثل الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما يوجد كل منهما بخلاف ما اذا لم يخلطا لان تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك يمكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع **قوله** واذا اراد الشريكان في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فتصير شركة ملك ثم عقد الشركة مفاوضة او عنانا فقيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول ابي يوسف لا يجوز الا ان يكون مضافة الى حال بيعهما العروض بالدراهم فانه يجوز لانه مضاف الى المستقبل وعقد الشركة يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فانما ثبت العقد بالدراهم والحق ان جواز هذا لا يختص بقول واحد منهما وقد تواردت كلمة اهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون راس مال الشركة عروضا كل من امرين لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة راس المال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كل ما يربحه الآخر ربح ما هو مضمون عليه ولا يحصل جهالة في راس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى معرفة راس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون ذلك

قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان تشترك اثنان في نوع او طعام او يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة والشهادة على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا ينعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض يقال عن له اي اعترض وهذا لا يغني عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخبره وفي مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال لحاجة الفيه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان التفاضل فيه يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بضمان الضمان بقدر رأس المال وكان الشركة عندهما في الربح لشركته في الاصل وهذا يشترطان الخلط فصار ربح المال بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا قوله صلى الله عليه وآله الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما اضرب واحذق واكثر عملا واقوى فلا يرضى بالمساواة فتمس الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد عن الشركة وعن المضاربة ايضا لان قوله اشترطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فالحاقه بالاول فعلنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا يبطل باشتراط العمل عليهما قال او يجوزان يعقد كل واحد منهما بعبد وبالبعض لان المساواة في المال ليس بشرط فيه

بالحرز فيقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل الحاصل من الثمن بينهما نصفان وعلى هذا فقول المص وهذا الشركة ملك مشكل ومن المشايخ من جزم بانه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه لعدم الجواز وان لم يضعه على طريق الخلاف كما قال القدوري في دلائل الكتاب ويستحب للمتوضئ ان ينوي الطهارة فقال البعض والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وكذا اختار شمس الائمة السرخسي عدم جواز الشركة لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفساده بالعروض لبس لذات العروض بل للازم وهو ربح ما لم يضمن وجهالة رأس مال كل منهما الباطل وعلمت انه منتف **قوله** وشركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بزا وطعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لانها خاصة بالمفاوضة فعلى هذا لو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم يكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان يعتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل الآخر زيادة على نفس الشركة كما انها تكون عنانا مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم اللان الاول قد يرجح بان هذه الكفالة بمجهول فلا تصح الا ضمنا فاذا لم يكن ما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدا فلا يصح بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بان ذكر كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح لان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد والداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة **قوله** من عن لي كذا اي عرض قال امرؤ القيس ✦ فعن لنا سرب كان نعاجه ✦ عذارى دوار في ملاء مذيل ✦ اي اعترض لنا سرب اي قطيع يريد به من بقر الوحش كان نعاجه عذارى اي ابكار دوار وهو اسم صنم كانت العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء لحمها بالعذارى والملاء المذيل اي الطويلات الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي مساواة بل عروض غرض تعلق بقدر من الاختلاط قليلة وكثيرة وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي والاصمعي فانه جعل كلا منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه او يجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الارخاء وضده الا انه اشتقاق غير صحيح الا فيما سمع ولا يدبنه كما في استحجر الطين وامثاله **قوله** ويصح ان يتساويا في رأس المال ويتفاضلا في الربح وعكسه بان يتفاضلا في رأس المال ويتساويا في الربح وهو قول احمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز وقوله يتفاضلا الخ ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا شرط العمل عليهما سواء عملا او عمل احدهما او شرطاه على من شرط له زيادة الربح وان شرطا العمل على اقلهما ربحا لا يجوز وجه قول الثلاثة ذلك يؤدي الى ربح ما لم يضمن لان استحقاق احدهما الشك الزيادة بلا ضمان لان الضمان بقدر رأس المال وصار كالوضيعة فانها لا تكون الا على قدر رأس المال اعتبارا للربح بالخسران ولنا ما ذكر المشايخ من قوله عليه الصلوة والسلام الربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر المالين ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه الى ذلك ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واكثر عملا او اقوى فلا يرضى بالمساواة فتمس الحاجة الى التفاضل وانما هذا العقد اي شركة العنان تشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال غيره وهو الشريك ويستحق به وتشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا او مع الآخر وان كان ربحا بلا ضمان وبشبه المفاوضة حتى اجزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال بطل اعتبار شبهها الآخر الذي باعتباره اجزنا الزيادة في الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا يجوز لان العقد يخرج عن الشركة والمضاربة

[illegible] بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم وكذا من احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي لا يجوز وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فعندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى **قال** وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق **قال** ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه **قال** واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك هلك من مال صاحبه هلك في يده فظاهر وكذا اذا هلك في يد الآخر لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها **قال** ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بينا هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك مال احدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة **قال** وتجوز الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو عمل لرب المال فيستحق الربح [illegible] الاصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام المال

ايضا الى قرض ان شرط للعامل كله او بعضه الى ما يستحق جميع ربحه والى بضاعة ان شرط لرب المال الا انه يرد ما تقدم من ان المضاربة على خلاف القياس فلا يقاس عليها فلا يعتبر شبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الآخر لكن قد يكون ذلك احذق واقوى الخ **قوله** اذ اللفظ اي لفظ العنان لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلهذا جاز ان يعقدها كل ببعض ماله ويجوز اذا كان من جهة احدهما دنانير ومن الآخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة احدهما وبيض من جهة الآخر وان تفاوتت قيمتهما والربح على ما شرطا فيه تساويا او تفاوتا على قدر قيمة دراهمهما بالشرط الذي مر بيانه **قوله** واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط وقبل الشراء يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه او يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التميز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد منهما قبل الشركة وقبل الخلط باق على ملكه واما بطلان الشركة فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال لانه يتعين بالتعيين في الشركة كالهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لا يتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتى لو اشترى الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان مشتريا للموكل حتى لو هلك المال بعد الشراء يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشراء فانما يبطل العقد لان الموكل لم يرض بكون الثمن دينا في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال احترز بالمفردة عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه اي الشريك الذي لم يهلك له لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه هو ايضا في ماله لتعقد بقائه فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته وهو الاشتراك فيما يحصل **قوله** فان اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا يتغير الحكم اي حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد فانها شركة ملك عنده حتى لا ينعقد بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلكت قبل الشراء بمال الآخر ولم يبق الا حكم ذلك الشراء وهو الملك فيلزم الشراء والملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد رح وعليه اقتصر المصنف ان هلاك مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بعد الشركة بالمالين واذا وقع المشترى على الشركة يرجع على شريكه بحصته من الثمن لانه اشترى نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بينا **قوله** هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك المال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قالا عند عقد الشركة على ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا كذا صوره في المبسوط فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فتكون شركة ملك لهذا جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسئلة حيث قال محمد رح في بعض المواضع فالمشترى بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشترى الآخر بماله بعد ذلك يكون بينهما فجعل محمل الاول اذا لم تكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحمل الثاني اذا صرحا بها على ما ذكره وقوله لما بيناه يريد قوله لانه وكيل فيه من جهته الخ **قوله** وتجوز اي الشركة وان لم يخلطا المال وبه قال مالك واحمد رح الا ان مالكا شرط ان يكون تحت يدهما بان يكون في حانوت او في يد وكيلهما وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع على الشركة الا والاصل على الشركة وانه اي الشركة في الاصل على معنى الاشتراك بالخلط لما سلف من ان معناها الاختلاط او الخلط على ما حققناه فلا تتحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا على ان المعتبر في كل عقد شرعي ما هو مقتضى اسمه قال المص وهذا اي كون الربح فرع المال اصل كبير لهما حتى تفرع عليه اعتبار اتحاد الجنس فلا تجوز الشركة اذا كان لاحدهما دراهم وللآخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما بيض وللآخر سود لعدم تحقق الخلط والاختلاط بحيث لا يتميز احدهما عن الآخر ولا يجوز

ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لا العقد يسمى شركة فوجد من يحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا لان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح بعين المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل **قال** ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يربح الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة **قال** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجوز للتاجر منه بدا **قال** ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فيتضمنها وعن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجر باجرة اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله **قال** ويوكل من يشتري فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله

التفاضل في الربح مع التساوي في المال لاختلاف الشركة في الاصل والفرع ولا شركة في التقبل والاعمال لعدم المال **قوله** ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال حاصل تقرير الشافعي ان الربح يضاف الى التصرف في المال وهو العلة والى العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة وانت تعلم ان الاضافة الى علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الى علته لما عرف ان لا اثر للعلة البعيدة في الحكم وحقيقة الاضافة اولى بالاعتبار من مجازها في حكم يبتنى على الاضافة وانما وجه التقرير المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الاخر ليس مضافا الا الى العقد الشرعي الذي به حل تصرفه في مال غيره لا الى نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الى التصرف في المال معناها انه اكتسب عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الى ثبوت حل الربح لكل منهما ولا شك ان حله انما يضاف الى العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان ماذونا فيه شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معنى اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمى شركة فتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الربح والتصرف معا لا ان احدهما عن الاخر ليكون علة لعلته بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة علة والكلام ليس الا فيه فاذا كان كذلك فلا يتوقف الاسم على خلط المال لان اعمال العقد شرط لتحققها خارج عنه ثم قال المص ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني الشراء بهما فيه الربح حتى جاز ان يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين راس المال حتى يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة بلا خلط تحققت في المستفاد بدونه اي بدون الخلط فصار كالمضاربة تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فان قيل فعلى هذا ينبغي ان لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء لوجود المال وقت العقد لانه العقد في المحل قلنا انما بطلت لعارض اخر وهو ان بهلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله بهلاك المبيع قبل القبض فاذا كان الاصل هو العقد لا المال لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي في راس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل **قوله** ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح قال ابن المنذر لا خلاف في هذا الا ممن لا يعد من اهل العلم ووجهه ما ذكره المص بقوله لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير واشتراط لاحدهما يخرج العقد من الشركة الى قرض او بضاعة على ما تقدم وقوله ونظيره في المزارعة يعني اذا شرط لاحدهما قفزانا مسماة بطلت لانه عسى ان لا يخرج الارض غيرها **قوله** ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة من المشاركين ولان له ان يستأجر على عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وانه اقل ضررا فاذا ملك ما هو اكثر ضررا ملك ما هو اقل وظهر ان لفظ التحصيل مرفوع على الابتداء وخبره الظرف **قوله** وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر بدا منه في بعض الاوقات والمضاربة وقوله يدفعه مضاربة لانها دون الشركة لان الوضيعة في الشركة تلزم الكل ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة وعن ابي حنيفة برواية الحسن انه ليس له ذلك لانه نوع شركة في الربح والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة في الربح غير مقصودة فانما المقصود تحصيل الربح فصار كما اذا استأجره باجرة ليعمل له البعض اعمال التجارة بل اولى لانه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة فان احد الشريكين لا يملك ان يشارك غيره في مال الشركة لان الشيء لا يستتبع مثله واورد عليه المكاتب يكاتب عبده والماذون يأذن لعبده واقتدار المقترض والمتقبل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ فاجيب ان ملكهما ذلك ليس طريق الاستتباع بل باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتدار ليس صلوحا الا متتبعة لصلاحيتهما تلك مبنية عليهما وحقيقة الناسخ مبين لا غير على انه ليس زان نحن فيه بتابع لسير ولكل واحد ان تشتري النسيئة وان ان الشركة في

قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة

استحسانا وليس لاحد شريكي العنان الرهن او الرهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه والارتهان بدين له بخلاف المفاوض لان يرهن ويرتهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين عليهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع على شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وانشاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع احدهما فليس للآخر قبضه وللمدين ان يمتنع من دفعه اليه يرى من حصة القابض ولم يبرأ من حصة الآخر وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما دانه الآخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه ولان يوخر دينا فان آخر لم يمض على الآخر وكذا لا يمضي اقرار احدهما بدين في تجارتهما الآخر فان اقر وانكر الآخر لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان او مباشرا وان اقر انهما وليا ه وانكر الآخر لزمه نصفه ولو اشترى احدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للآخر ان يرده لان ذلك من حقوق العقد ولو اخذ احدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة ليس من مال الشركة وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه انه ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي اقراره عليه وشارك شركة عنان ويمضي على الآخر بخلاف شريكي العنان ويجوز قبض كل من المفاوضين ما اذانه الآخر او اداه او وجب لها على رجل من غصب وكفالة او غير ذلك او يرد بعيب اشتراه الآخر وكل منهما خصم عن الآخر يطالب بما عليه صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو من ضمان التجارة وتقدم شيء من هذا اول الباب ولكل من شريكي العنان ان يوكل من تصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من اعمال التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل صريحا بالشراء ليس له ان يوكل به لانه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما ان يعمله اذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن نصيب شريكه ولهذا لو قال احدهما اخرج دمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان اذن له فيه **قوله** ويده اي يد الشريك مطلقا في المال يد امانة لانه قبض المال لا على وجه البدل والوثيقة فيكون امانة بخلاف المقبوض على سوم الشراء فانه قبضه على وجه اعطاء البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق بدينه فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة وكان امانة واعلم ان جميع الامانات اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التعجيل الا في مسائل احدها اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال الذي كان في يده لا يضمن لشريكه نصيبه والآخرى في السير اذا فتح الامام بعض الغنائم في دار الحرب وقبل القسمة عند بعض الجند فمات فتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى **قوله** وشرع في اختلاف المتفاوضين قد علم انه ليس لاحد المتفاوضين ان يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير وانه من شركتهما ولو ادعى على آخر انه شارك مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما في يده وهو منكر فان اقام البينة فشهدوا انه مفاوضة او زادوا على هذا فقالوا المال الذي في يده من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفان قضى المدعي بنصفه لان الثابت بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضى بذلك ولو ادعى الذي في يده المال بعد ذلك ان هذا العين لي ميراثا مما في يده واقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند ابي يوسف لان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد عينا في يده انها له خاصة وهب شريكه منه حصته واقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى انه مفاوضة والمال في يد المدعى عليه فاقر وقضى عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده او ميراثا او هبة واقام بينة قبلت والفرق لابي يوسف ان ذا اليد

قال واما شركة الصنائع ويسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان تقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان هذه شركة لا يفيد مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على ما قررناه ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا للمالك وزفر رحمهما الله لان المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه لكنا نقول ما يأخذه ربحا لان الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان رأس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به فلا يحرم تجاوزه في شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق وربح ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة

مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولابنا فاة بينهما وقد اثبت دعواه بالبينة وفي الاول ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه الا ترى انه لو لم يكن اقام البينة في صورة الانكار لم يستحلف خصمه واذا مات احد المتفاوضين والمال في يد الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي ذلك فاقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء فيما في يد الحي لانهما شهدا العقد على ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت احدهما ولانه لا حكم فيما شهدا به في المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب ان يكون المال الذي في يده في الحال من شركتهما الا ان يقيموا انه كان في يده في حيوة الميت وانه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بالنصف للميت وورثته خلفاء وهو لو كان المال في يد الورثة فجحدوا الشركة فاقام الحي البينة على المفاوضة واقاموا ان اباهم مات وترك هذا ميراثا من غيرنا بينهما لم تقبل لانهم جاحدون فانما يقيمونها على النفي وقد اثبت المدعي الشركة فيما في ايديهم فيقضى له بنصفه وصحح الائمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا مات جدنا وترك ميراثا لابينا واقاموا البينة على هذا الا تقبل في قول ابي يوسف وتقبل في قول محمد كما لو كان المفاوض حيا واقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة فاذا افترق المتفاوضان فاقام احدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه ان قاضي بلده كان قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به بينهما نصفين فاقام الآخر بمثل ذلك من ذلك القاضي بعينه او غيره فان كان من قاض فاجدوا علم تاريخ القضايين اخذ بالآخر وهو رجوع عن الاول تقضاه وان لم يعلم او كان القضاء من قاضيين لزم كلا منهما القضاء الذي انفذه عليه لان كلا منهما صحيح ظاهرا فيجاسب كل صاحبه بما هو عليه ويزاد ان الفضل **قوله** واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل وشركة الابدان وشركة الاعمال فنحو الخياطين والصباغين ويشتركان في ان يتقبل كل الاعمال ونحو الصباغ والخياط يتعاطيان ذلك ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها اي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية اي الشريكين وهو التثمير اي الربح لانه لا بد في الربح من رأس المال لانه يبتنى عليه على ما قررنا وفي الخلاف في عدم اشتراط الخلط ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل ايضا كما مر فجاز بالتوكيل بان يوكل كل الآخر بقبول العمل عليه كما يقبله لنفسه فيكون كل اصيلا في نصف العمل متقبلا وكيلا في نصفه الآخر فيتحقق الشركة في المال المستفاد عن ذلك العمل فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو كسبه وان عمل احدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بتقبله عليه وهو جائز لان المشروط مطلق العمل لا العمل المتقبل بنفسه او وكيله بنفسه الا ترى ان نحو الخياط يتقبل لم يستأجر من يعمله ويدفعه الى مالكه فيطيب له بالاجرة ومن صورة هذه الشركة ان يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف القياس ان لا يجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل **قوله** ولا يشترط فيه اي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك واورد عليه انه قدم في اشتراط الخلط ان من ثمراته عدم جواز شركة التقبل وهو ينافي اشتراط نفسها اتحاد العمل والمكان اجيب بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكرهما في المبسوط ففرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكرهنا شرطه في تجويزها ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله لان المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان وكون الاعمال من اجناس او جنس فلا وجه لاشتراط شرط بلا دليل يوجبه **قوله** ولو شرطا العمل نصفين يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا جاز لشرطه كون الشروط له مشروطا عليه العمل في القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الضمان هنا انما هو بقبول العمل اذ لا مال عقدت الشركة عليه فزيادة الربح لاحدهما ربح ما لم يضمن فلم يجز كما لم تجز شركة بوجوه مع شرط التفاضل في ربح ما يباع مما اشتري باجوه وانما كون التفاضل يجري فيما اذا شرط التفاوت في تلك المشتري فان اشتركا على انما اشتراه كل يكون للآخر معه

قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسانا والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما تقبله كل واحد منهما من العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل قال واما شركة الوجوه والوجوه ان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فقسم الشركة على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من كان له وجاهة عند الناس فالتصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه ينصرف الى ما هو متعارف عند تلك الشافعي والوجه من الجانبين ما قدمناه في شركة النقد قال وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بالوكالة او بالولاية والولاية تتعين الوكالة فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان والربح كذلك جاز ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او العمل او بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب يستحقه بالعمل والاستاذ الذي يلي العمل على التمييز بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان ربحه بيننا لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على المشتري دون المال في المشترى وكان الربح الزائد عليه بينهما مالا يفضل لا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها لاختلاف العنان لانه في معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيجوز فيها والله اعلم

فقط فيقتسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح قلنا الماخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما يكون عند اتحاد جنس الربح وما به الاسترباح وهو ههنا مختلف لان راس المال عمل والربح مال فانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله والعمل يتقدر بالتقدير ان يجيب المتراضي فما قدر لكل هو ما وقع عليه التراضي ان يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا اذا كان احدهما في العمل واحدا وعلى هذا اتجه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا وصححوا الجواز لان الربح العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض احدهما او غاب فلم يعمل وعمل الآخر كان الربح بينهما بلا خلاف يعلم وقوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق فان الربح بدل ما هو مال فيتحقق التفاوت في الربح ربح ما لم يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المص لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه يعطي ظاهره بطلان العقد لشرط الزيادة والوجه ان تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الاجر فانه نص في شركة الوجوه التي شبه بها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي ان يشترطا الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما **قوله** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان لصاحب الثوب ان يأخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل ان يطالب رب الثوب مثلا بالاجرة ويبرأ الدافع بدفع الاجرة اليه فان كان انما عمله الذي تقبله قال المص هذا وهو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الآخر ومطالبة كل باجرة الآخر وبراءة الدافع اليه الاجرة ظاهر فيما اذا عقد شركة الصنائع مفاوضة وفي غيرها وهو فيما اذا اطلقا الشركة او قيداها بالعنان استحسان فلا فرق في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة واذا وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم يثبت المفاوضة الا بالنص عليها او على معناها وبهذا علمت ان لا فرق بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في ان المنعقد عنان والكفالة تقتضي المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة اعني شركة الصنائع تقتضي للضمان في القدر الذي ذكرنا لانها تضمنت توكيل تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الآخر ولذا استحق من الاجرة بعض ما يسمى الآخر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى هذا العقد عنانا اذا كان مجرى المفاوضة في ضمان العمل عن الآخر واقتضاء البدل وان لم تتحقق ضرورة بخلاف ما سوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو آجر احدهما بدين من امر الصناعة كثمن صابون او صبغ او بدين للعملة عن عملهم او اجرة بيت او دكان مدة فمضت لا يصدق على صاحبه الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الآخر موجب لمفاوضة ولم يتصادقا عليها ثلاثة لم يقيدوا بينهم شركة تقبل تقبلوا عملا ثم جاء احدهم فعمل كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للآخرين لانهم لما لم يكونوا شركاء كان على كل منهم ثلث العمل لان المستحق على كل منهم ثلثه فثلث الاجر فاذا عمل الكل كان مقطوعا في الثلثين فلا يستحق الاجر **قوله** واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما يشتريان بوجوههما اي بوجاهتهما ووجاهتهما والربح بينهما لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير ان الواو انقلبت حين وضعت موضع الهمزة للموجب لذلك لذا كان ورثة عقل وانها تكون مفاوضة بان يكونا من اهل الكفالة والمشترى بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويان في الربح ويتلفظا بلفظة المفاوضة او يذكرا مقتضياتها كما سلف فتتحقق الوكالة والكفالة في الابدال اي الاثمان والمبيعات وان فاتت شيء مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره وزيادة تعارفه عملا ومنعه الشافعي ومالك في الوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار الوكالة وتوصل كل من الآخر بالشركة على ان يكون المشترى بينهما نصفين او اثلاثا صحيح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة تقدم معنى الثاني في غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة ان في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح في العنان

فصل في الشركة الفاسدة ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المال المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح ناشئا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه وحمله الآخر فالمعين له المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه

مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز تفاوت ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الآخر وليس في شركة الوجوه احدهما عامل في مال الآخر وعلى هذا فالاصل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس والالم يجز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح المستحق شرعا باحد المعاني الثلاثة منها العمل وان كان غيره ربح مال الضمن للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وح يسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح مال الضمن في العنان لشبهه بالمضاربة تصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم يجوزها لادائها الى ربح مال الضمن لان في جعل راس مال الشركة عروضا ربح مال الضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الآخر لانه يلزم من اول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنائع اجيب انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا والله اعلم

فصل في الشركة الفاسدة وجه تقدم الصحيحة على الفاسدة ظاهر **قوله** ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وكذا الاحتشاش **قوله** والتلدي وسؤال الناس وما اصطاده كل واحد منهما واحتطبه واصابه من التلدي فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح كاخذ الكلاء والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وهيئة من ارض مباحة والحصا او الملح او الثلج او الكحل او المعدن او الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك ليطبخا آجرا ولو كان الطين محتطبا او سهلة الزجاج فاشتركا على ان يشتريا ويطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنائع وكل ذلك جائز عند مالك واحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما روى ابو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجئ انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فاشركهما النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله فيمتنع ان يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعله عليه الصلاة والسلام انما قبل القسمة او انه كان قد رماه بخصمهم وعلى قول البعض الشافعية ان غنائم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف شاء ظاهر **قوله** لان امر الموكل به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه ولايته والوكيل يملكه اي يملك المباح بدون امر الموكل فلا يصح الوكيل انما من الموكل لان التوكيل اثبات ولايته لم يكن ثابتة للوكيل وهنا لم يوجد هنا فاذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة وهذا بخلاف التوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز على ان الوكيل يملك شراءه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب ان الوكيل ليس قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيما تثبت له ولاية الشغل ذمته به بعد ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثبات الولاية عليه في ذلك الكلام في التوكيل بخلافه وانما الوجه ان الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له لا لملك الموكل ولو قبل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا كان قصده ذلك لغيره فلم يكن للغير يجاب بان الطلاق نحو قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لا يفرق بين قصد وقصد **قوله** فان اخذاه جميعا ليتسع خلطا وما جاءا قسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما ان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمته ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقداره ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر شاهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اعانه احدهما بعمله الآخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الآخر بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه احدهما وجمعه والآخر حمله فللمعين المثل بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك **قوله** وقد عرف في موضعه يعني في كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد ان المسمى مجهول اذا لم يدر اي نوع من الحطب

قال واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء فالكسب بينهما لا تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل الراوية
ان كان العامل صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد الشركة فلان انعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب
الاجر فلان المباح اذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي فقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه اجره وكل شركة فاسدة فالربح
فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما ان الربح تابع المبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت
ففي الاستحقاق على قدر رأس المال واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد من بقائها لتحقق الشركة على ما مر و
الوكالة تبطل بالموت وكذا بالالتحاق عند ابي حنيفة اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بينا ه من قبل ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم
يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي والله اعلم

يصيبان وهل يصيبان شيئا اولا والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله اجر مثله بالغا ما بلغ وابو يوسف
يقول بقول محمد فيما اذا لم يصيبا شيئا وفيما اذا اصابا انه ان كان اجر مثله اكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال في حالة على شرف الزوال
فانه على عرض ان يصير معلوما عند الجميع والمبيع بخلاف ما اذا لم يصيبا شيئا فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فيجب ح اجر المثل بالغا ما بلغ
وقوله لا يجاوز به بفتح الواو على البناء للمفعول وقوله نصف ثمن ذلك بالرفع لانه هو النائب عن الفاعل **فرع** لهما كلب فارسلاه فما اصاب بينهما ولو كان
لاحدهما وارسلاه جميعا كان ما اصابه لمالكه **قوله** واذا اشتركا ولاحدهما البغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء وما يحصل بينهما لم تصح الشركة اعلم ان الراوية
في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه ويقال رويت للقوم اذا سقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة
لنقل الماء فعلى الاول ان يكون لهذا جمل وللآخر بغل فاشتركوا على ان كلا يؤاجر بالكل واحد فما رزقوا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذا ان كلا
قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على ان ثمنه بيننا ولو صح بهذا كانت الشركة فاسدة ثم ان اجراهما اجر معلوم صفقة
واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل اجر البغل ومثل اجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الاجر
مقسوما بينهما كذلك كما يقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يقبلا الحمولات المعلومة باجرة معلومة ولم يؤاجر البغل والجمل كانت
صحيحة لان شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر بزيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا تعتبر في شركة التقبل زيادة عمل احدهما كصباغين لاحدهما آلة
الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وان اجر البعير او البغل بعينه كان كل الاجر لصاحبه لانه هو العاقد
فلا اعانة الآخر على التحميل والنقل كان له اجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر على قول ابي يوسف بالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليؤاجرها او
ما الطعم الله بينهما نصفان فان الاجر كله لمالك الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا ان تقديره انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بيننا ثم الاجر كله لصاحب
الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد اجر مثله لانه لم يرض ان يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع
اليه على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة اجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد
فكان عليه اجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب الطعام لانه كسب له وعلى الثاني ان يكون لهذا بغل وللآخر مزادة فاشتركا على ان يسقيا الماء فيهما على
البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال احمد والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل واجر مثل البغل
ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاود ومزايد بافساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو نقل الماء واما وجوب الاجر فلان المباح قد صار
ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه اجره **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر رأس المال كالف لاحد
هما مع الفين للآخر فالربح بينهما اثلاثا وان كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل مال الآخر وشرطا الربح اثلاثا بطل شرط التفاضل
ويقسم نصفين بينهما لان الربح في وجوده تابع للمال وانما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فيبقى الاستحقاق على
قدر رأس المال المؤكد له ونظيره البذر في المزارعة والربح الزيادة **قوله** واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة سواء
كانت اوعنانا اذا قضى بلحاقه على الثبات حتى لو عاد مسلما لم يكن بينهما شركة وان لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت على سبيل التوقف بالاجماع
فان عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه فهما على الشركة وان مات او قتل انقطعت ولو لحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف فان لم يقض القاضي بلحاقه حتى اسلم عادت المفاوضة

فصل وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم بادائه الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الاختلاف في المامور باداء الزكوة اذا تصدق على الفقير بعد ما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحجم الآمر لم يضمن المامور علم او لا ولابي حنيفة رح انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداته وعرى اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي كما اذا دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الاختلاف وقيل بينهما فرق ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا وفيه دون دم الاحصار

فان مات بطلت من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الولوالجي

وانما بطلت الشركة بالموت لانها تضمن الوكالة اي شرط ابتدائها وبقائها بها ضرورة فانها لا تتحقق ابتداء الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا بتبقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع السؤال القائل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالالحاق لانه موت حكمي على ما بينا من قبل في باب احكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه وعدم علمه بذلك حتى لا تنفذ تصرفات الآخر على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه يتحول شرعا الى وارثه علم موته او لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة وما لهما دراهم او دنانير حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا كان مال الشركة دراهم او دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن اصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم او دنانير صح نهيه غير انه يصرف الدراهم بالدنانير ان كان راس المال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة في ايديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهى صاحبه عن التصرف في ماله لنفذ اكان او عرضا بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه **فرع** انكار الشركة فسخ وقوله لا اعلم فسخ حتى لو علم الآخر كان ضامنا لقيمة نصيب شريكه وفي الخلاصة قال احد الشريكين لصاحبه اذا اريد ان اشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا يكون له ولو قال لوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم انه فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل رضي ام سخط بخلاف الشريك فان احد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضا صاحبه انتهى وهذا غلط وقد صحح هو انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان احد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها الا برضى صاحبها وفي الرضا احتمال يعني اذا كان ساكتا والمراد بجهالة عدم وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشكل وعلى هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر راس اموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي لتجارتهم فشارك الحاضران اخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم اثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغائب فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين ثم جاء الغائب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل العمل معهم هذا الرابح حتى خسر المال او استهلكه فاراد الغائب ان يضمن شريكيه لا ضمان عليهما وعملهما بعد تلك الرضا بالشركة لان هذا اخص من السكوت

فصل لما كانت احكام هذا الفصل بعدت عن الشركة اذ ليست من امور التجارة والاسترباح افردها بالفصل واخره **قوله** واذا اذن كل ان يؤدي زكاته اذا حال الحول فحال فادى وقد ادى الاذن المالك ضمن لشريكه ما اداه علم باداء الاول او لم يعلم عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ما لم يعلم باداءه هكذا ذكره في كتاب الزكوة من المبسوط ونقل الولوالجي ان في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم اداء المالك نص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم باداءه او لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الآمر بنفسه ثم كفر المامور وعلى هذا المامور باداء الزكوة وهذا الخلاف فيما اذا اديا على التعاقب فان اديا معا ضمن كل نصيب الآخر عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكوة كل منهما تقع بها ادائه بنفسه واداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم

قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن مقابلة الملك وكذا ان الجارية دخلت في الشركة على الثبات جريا على مقتضى الشركة اذ هو الاصل لكن تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن طيبة نصيبه بشرط الوطء لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عرفا للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليه مما لا بينا وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء لاتفاق الدين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة

كتاب الوقف

ان اداه ضمن عزل الوكيل فهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه اداه عاجلا لامر ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما امره باداء ما هو زكوة لانا نقول ليس بنافي وسع الوكيل لان وقوعه زكوة يتعلق بامر من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا لو دفع الى رجل ليقضي بها دينا عليه ثم ادى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار ايضا كدم الاحصار اذا بعث المامور بعد زوال الاحصار ولابي حنيفة انه مامور باداء الزكوة والمؤدي بعد اداء زكوة فصار مخالفا هذا لان الظاهر ان لا يلزم الضرر بتفويت المال الا لدفع الضرر الديني وقد خلا اداؤه عن ذلك فصار باداء معزولا لا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي لا يتوقف على العلم كالعزل بالموت كما ذكرنا آنفا واما الرشم به من المتين فقيل يمنع تسليم ابي حنيفة الجواب فيها بل قوله بالضمان فيهما وقيل بل هو على الاتفاق والفرق ان الدم ليس بواجب على الآمر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار او يدرك الحج او لم يدركه ويفعل افعال العمرة فلا يجب الهدي ما في هذا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط المقصود فيه واما مسكة الدين فالفرق انه امره بدفع مضمون على الاخذ وذلك ثابت وان كان الاخذ دائنه وهذا لان عين الدين لا يكون فيها في دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يثبت لامكان الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع عن قوله ليس في وسعه ايقاعه زكوة فكان المامور به دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلا حكميا لما ان يمتنعا لانه موقوف على كون الامر صحيحا وغير صحيح وقد ثبت لما امره باداء الزكوة كان ناويا لما فاداه الى الاداء وقع المامور به فيما اخر حتى ادى لامر كان تاخيره مسببا لوقوعها غير زكوة ولا يخفى ما فيه قوله واذا اذن احد المتفاوضين للاخر ان يشتري جارية ويطأها ففعل وادى جميع ثمنها من مال الشركة فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع الى الشركة بنصف ما ادى لانه ادى دينا عليه من مال الشركة لان الملك فيها له خاصة لطعام المرأة وان الجارية دخلت في الشراء على الشركة جريا على موجب المفاوضة اذ لا يمكن تغييره فكان كما اذا اذن بها الاذن بها بالوطء تضمن هبة نصيبه منه اذ لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع لانه يخالف مقتضى الشركة لاحد الشريكين لما بينا من عدم ملكها تغيير مقتضى العقد ولا من الشريك لعدم تعيين الثمن فكان هبة وان كان شائعا واستشكل بانه لو ثبت الملك حكما لاحد الاول لكان قول الرجل للرجل احللت لك وطء هذه الامة تمليكا لها منه وهو فاسد واجيب بالفرق بان الجارية المشتركة اقبل لتملك الشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالاحلال اختصاصا ولذا كان احد الشريكين يملكها بالاستيلاد دون الاجنبي واما من لا حق التملك كالاب والجد فالجارية غير محفوظة في تملك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبته للشركة ان كلا منهما ايراد الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة يبقى في ملك الانسان وفي الوقف يخرج عن ملك الانسان ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدائم الباقي على الطبقات المحبوسين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح لما في الحديث المروي اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية الحديث ثم يحتاج الى تفسيره لغة وشرعا وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه اما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت الدابة حبست قال عنترة ٭ وقفت فيها ناقتي وكانها ٭ فدنان لا تقضي حاجة المتلوم ٭ وهو احد ما جاء على فعلته فعل بمعنى وقفت وحبست ويجتمعان في قولك وقفت زيدا والحمار وقفت دابة اوقفته بالمرة فلغة ردية وقال ابو الفتح بن جني اخبرني ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عثمان المازني قال يقال وقفت داري وارضي ولا يعرف اوقفت من كلام العرب ثم اشتهر استعمال اوقفت في الموقوف فقيل هذه الدار موقوفة فلذا جمع افعال فقيل وقفت واوقات كوقت واوقات واما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها او صرف منفعتها الى من احب

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول ملكه بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه اليه

وهذا بجانبه الاعلى ملك حقيقة الله تعالى الحقوق انتظم بذا بيان حكمه وسيأتي تمامه فلا حاجة لافراده هنا ايضا وانما قلنا او صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يجب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لابد في آخره من القربة لشرط التابيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا تصدق وبسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا بين الاحياء وفي الآخرة بالتقرب الى رب الارباب جل وعز واما شرطه فهو اشتراط في سائر التبرعات من كونه حرا بالغا عاقلا وان يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا والاسلام ليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطي لمساكين المسلمين اهل الذمة وان خص في وقفه مساكين اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة ولو وقف على ولده ونسله ثم للفقراء على ان من اسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف فلا نعلم احدا من اهل المذهب تعقبه غير شارح الميسري المرسوسي شيخ بلده جعل الكفر سبب الاستحقاق والاسلام سببا للحرمان وهذا بعيد من الفقه فان شرط الواقف معتبرة اذا لم تخالف الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله ان يخص صنفا من الفقراء دون صنف وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر والكفارات عندنا وان يدفع الى صنف دون صنف فكيف لا يشترط في صنف دون صنف من الفقراء ارايت لو وقف على فقراء اهل الذمة ولم يذكر غيرهم اليس يحرم منه فقراء المسلمين ولو دفع المتولي الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام ليس سببا للحرمان بل الحرمان لعدم تحقق سبب تملكه لهذا المال اذ السبب هو اعطاء الواقف والمالك وشرط صحته وقفه ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقراء كان للفقراء ابتداء ولو لم يجعل آخره للفقراء كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم خلاف ابي حنيفة في الوصية فانه انما شرط ان يكون قربة عندهم فقال صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو انكر فشهد عليه ذميان عدلان في ملتهم قضي عليه بالوقف ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف ما لو وقف على سجاد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم واما المرتد اذا وقف حال ردته ففي قول ابي حنيفة موقوف ان قتل على ردته او مات بطل وقفه وقول محمد اذا انتقل دينا جاز منه ما يجيزه لاهل ذلك الدين اما المرتدة فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا في اي وجه كان ثم ارتد بطل الوقف ويصير ميراثا سواء قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان اعاد الوقف بعد عوده الى الاسلام وحكى الخصاف في وقف المرتد خلافا بين اصحابنا مبنيا على الخلاف في الذمي تزندق بهوديا او نصرانيا او مجوسيا قال بعضهم امره على اختياره واقر الجزية عليه الا ان اخذته بالرجوع فانما اردة من كفر الى كفر ولا اسلم ذلك وقال بعضهم لا اقر على الزندقة واما الصابئة وان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول اهل الكتاب صح من وقوفهم ما يصح من اهل الذمة وجميع اهل الاهواء بعد كونهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم اهل الاسلام الا ترى الى قبول شهادتهم على المسلمين فهذا حكم باسلامهم واما الخطابية فانما لم تقبلوا لانه قيل انه يشهد بعضهم لبعض بالزور على من خالفهم وقيل لانهم يتدينون صدق المدعي اذا حلف انه محق ومن شروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ووقع تسليمها اليه او صالح على مال دفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف اما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فاجاز جاز عند الحكم والتسليم او عدمه على الخلاف الذي سنذكره وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي كذا لو اوصى لرجل بارض فوقفها الموصى له بها في الحال ثم مات الموصي لا يكون وقفا وكذا

قال رحمه الله الوقف لغة هو الحبس بقوله وقفت الدابة واوقفتها بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا وعند

لو باع ارضا على انه بالخيار الى وقت فمضى فوقفها المشتري فوقفها ثم اسقط البائع الخيار لا يجوز الوقف وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وسيأتيك

فروع آخر مبنية على هذا الشرط ومن شرطه ان لا يكون مجبورا عليه حتى لو حجر القاضي على مفلس او دين فوقف ارضا له لا يجوز لان حجره ليمنعه عن ملكه ليفرغ لارباب الديون ونفسه كذا اطلقها الخصاف فينبغي انه اذا وقفها في المرض نفسه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل اذا حكم به حاكم هذا واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجر ارضا حاصين فوقفها قبل مضيه لزم الوقف بشرطه ولا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من الجهات وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفكه لزم الوقف فلا يخرج لا يخرج عن الرهن هذا لك لو اقامت سنين في الرهن ثم افكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف وان لم يترك وفاء بيعت وبطل الوقف وفي الاجارة اذا مات احد المتواجرين يبطل وتصير وقفا وامام شرطه الخاص لخروجه الملك عند ابي حنيفة الا مضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا او دارا وعند محمد ذلك مع كونه موبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة وسلما الى متولي فامارته فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي هذه صدقة موقوفة موبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا باس ان نسوق شيئا من الالفاظ كالارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل نذرا يوجب التصدق بعينها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كمن عليه زكوة او كفارة فمات بلا اداء ورثت عنه وموقوفة فقط لا يصح الا عند ابي حنيفة فانه يحكمها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقراء وهو قول عثمان البتي واذا كان مفيدا لخصوص المصرف اعني الفقراء لزم كونه موبدا لان جهة الفقراء لا تنقطع قال الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لكان العرف وبهذا يندفع رد هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فيبطل لان العرف اذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيص عليهم فلو كان موقوفة على الفقراء صح عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتنصيص على الفقراء بخلاف قوله محبوسة او حبس ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب ان يكون كقوله موقوفة وكذا اذا قال للسبيل ان تعارفوه وقفا موبدا للفقراء كان كذلك والا لا فان قال اردت الوقف صار وقفا لانه محتمل لفظه او قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها او بثمنها وان لم يخرجه كانت ميراثا ذكره في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان اراد الوقف فهي وقف او الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لانه ادنى باثباته عند الاحتمال اولى واعترضه في فتاوى الخاص بانه لا فرق بينهما وذكر في احدهما اذا لم يكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان المنذور به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احديهما والا فلا شك ان في كل منهما اذا لم يكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ولو قال صدقة موقوفة فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه واستغنى بقوله موقوفة احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة عند اهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس او محبوسة موقوفة لانه يحتمل موقوفة فكان كافراد لفظ موقوفة وفي النوازل لو قال جعلت نزل كرمي وقفا وفيه ثمر او لا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصح للكلام ما امكن كانه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي ان لا يدخل الثمن لما تذكر ولو زاد فقال صدقة موقوفة على الفقراء ينبغي ان لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك موبدا وهو موضع اتفاق مجيزي الوقف على انها العبارة الوافية الا ان قوله في الاسرار لو لم يقل موبدا كان وقفا على قول عامته

وهو المنقول في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث

من يجيز الوقف يفيد ان فيه خلافا ولا يخفى فان التابيد ان يجعله في اول الامر او آخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك قوله موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة قوله قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به حاكم اي يخرجه عن ملكه او يعلقه اي يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول بمجرد القول الذي قد مناه صحة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف متوليا ويسلمه اليه بعد ذلك القول وبه اخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند ابي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس الى معنى له لان له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف الا مشيته التصدق بمنفعته والا ان يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان ابو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما اراد المص بقوله وهو المنقول في الاصل يعني المبسوط رح فنقول من اخذ بظاهر هذا اللفظ فقال الوقف عند ابي حنيفة رح لا يجوز صحيح لانه ظاهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن له اثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيد الاحكام التي ذكر غيره انها احكام ذكر الوقف فلا خلاف اذن فابو حنيفة لا يجيز الوقف اي لا يثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان اخرجه الى غيره فذلك الغير ليس هو المستوفي لمنافعه فرع يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي لغلة هذه الدار للمساكين ابدا او لفلان ولبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت داري على كذا قال المص رح وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة سوى قولنا يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لان ملك الله تعالى في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضي خان الا ان عند ابي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف الا الى مالك فيلزم ولا يملك هذا هو الاصح عند الشافعي واحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن احمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان اهلا للملك لامتناع السائبة وعند مالك رح هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول آخر للشافعي واحمد لانه عم قال حبس الاصل هو سبيل الثمرة انتهى وهذا احسن الاقوال فان خلاف الاصل والقياس ثابت في كل من القولين وهو لم يوجد الا الى مالك ثبوت ملكه او ملك غيره فيمنع منه من بيعه وهبته وكل منهما له نظير في الشرع مجهول في الاول المسجد وغيره ومن الثاني ام الولد الملك فيها باق ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق عندنا فكل منهما ممكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان بتيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى تحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في الحديث في بعض الروايات تصدق باصلها مع انه ليس على ظاهره والا لخرج الى مالك آخر ثم رأينا غير بينة بقوله ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها اي بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المص وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله عليه الصلوة والسلام لعمر تصدق به كان عليه الصلوة والسلام مجيبا لعمر رض في حادثة واحدة بامرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول واحد من الثلاثة بملك الفقير للعين فوجب ان يحمل تصدق على معنى حبس وهو قول ابي حنيفة رح فيحبس على ملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة

واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي لعمر رضي الله عنه حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعل الله تعالى اذله نظيرا في الشرع وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح جاء محمد عليه السلام بتسليم الحبس

حكم الحاكم الذي به يزول الملك عند ان يسلمه الى متولي ثم يظهر الرجوع فيخاصمه الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل ان يحكم به يكتب في صدقات البطلة وغيره قاض فهذه الارض باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع وتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يخاصم احد في ابطاله لعدم الفائدة لان في ذلك الوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا ابطله قاض ليصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضي خان وينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نفقته وسيعة فائدة للورثة فحمله ما ذكر لما لم يكن وقف في المرض او كان فيه لكنه يخرج من الثلث **قوله** واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه اذ ليس من مقتضياته لفظ وقفت داري او حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما والترجيح اي ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلهما انما تفيد اللزوم لا الخروج عن الملك من قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم استدل بدليلهما فذكر حديث ثمغ هو بالثاء المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين بالتنوين للعلمية والتانيث وفي غاية البيان انها في كتب غرائب الحديث المصحفة عند الثقات سنونا وغير سنون كما في زعمه قال محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس فتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللمساكين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يؤكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وفي الكتب الستة عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط انفس منه فكيف تامرني به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري فقال عليه الصلوة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمرته ثم استدل بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام وقد اشار الشرع الى اعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له ولا طريق الى تحقيق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير المصنف بانه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه وتمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين لذلك سقوط الملك طريقا بل تحقيقه بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك عن هذا المنفي للقدح فيما رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقرير تحصيل مطلوبه الانه اذا ثبت الدلالة على لزومه خرج عن ملكه بموافقتنا لهما الى ذلك لاعتقاد الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله كالمسجد نظير ما خرج عن ملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق ويستجيب بالفرق بين المسجد والعتق ومطلق الوقف **قوله** وله اي لابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرائض الله اسنده الطحاوي في شرح معاني الآثار الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انزلت سورة النساء وانزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه عبد الله بن ربيعة عن اخيه وضعفوهما ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على علي شاهم عن اسمعيل بن ابي خالد عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من كراع او سلاح وينبغي ان يكون لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الاسماعا والا فلا يحتمل والشعبي ادرك عليا ورواية عنه في البخاري ثابتة واما عدم

وكان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفه فهاؤ نصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنده الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزال ملكه لا الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رح قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشائخ

شريح فرواه ابن ابي شيبة في البيوع ثنا وكيع وابن ابي زائدة عن مسعر عن ابن عون عن شريح جابر قال محمد صلى الله عليه وسلم يبيع الجبس واخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج بالمرسل **قوله** ولان الملك الخ ظاهر ومصادرة لجعل الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى لغير الواقف و تعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما ان يكون ذلك الملك لغير الواقف اولا واتفقنا على انه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب ان يكون ملكا للواقف وكذا الاستيفاء بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا ان يوجب موجب لامر له خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك لم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله ان المسجد جعل لله على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيئا غير العبادة فيه وما كان كذلك خرج عن ملك الخلق اجمعين اصالة الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع به العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كما الحق المسجد بها وايضا قضية كون الحاصل منه صدقة دائمة عن الواقف ان يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف للمملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الائمة ان الآدمي خلق مالكا غير مملوك وانما عرض فيه المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتتملك فبالوقف لا تعود الى اصل هو عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيده اختياره من عدم الخروج عن ملكه لكن ابا حنيفة رح يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة او براً وليس كذلك بل هما منفكان كما ذكرنا من ام الولد والمدبر والحق ترجيح قول عامة العلماء بلزومه لان الاحاديث والآثار متظافرة على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلوة والسلام لا يباع ولا يورث الخ وتكرر هذا في احاديث كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك اولها صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر ثم عمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعائشة واسما اختها وام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله وعقبة بن عامر ابي ماروى الدوسي وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كل هؤلاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا يعارض بمثل هذا الحديث الذي ذكره على ان معنى حديث شريح بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع الصحابة العلمي ومن بعدهم متواترا على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ ان الفتوى على قولهما **قوله** واما تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم وان لم يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فلا ان يرجع قبل موته كسائر الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على ما قاله من جواز تعليق الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط وكذا اذا قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي الخ فمات لم تصر وقفا وله ان يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه يجوز لانه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليك البتة من الموقوف عليه والتمليكات غير الوصية لا تتعلق بالخطر وليس محمد رح في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا ايضا عند ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية قالوا لو قال داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية يصح الرجوع عنها اما لو قال ان قدم ولدي فعلى ان اقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر يجب الوفاء

ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزمه عند ابي حنيفة رح وعندهما يلزمه
الا انه يعتبر من الثلث ولو وقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الشافعي
بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد لا بد من التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم
الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة

فان وقفه على ولده وغيره مما لا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم وتنزه باق وان وقف على غيرهم مستغلا لان غيرهم ليس بمنزلة نفسه وتعيين المصرف للنذر بالوقف
الثابت النذر بالوقف فجاز على كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي ان لا يصح النذر بالوقف لانه من جنسه واجب قلت بل جنسه واجب فانه يجب ان يجعله
الامام للمسلمين مسجدا من بيت المال او من مالهم ان لم يكن لهم بيت مال ولو قال ان شئت ثم قال شئت كان باطلا للتعليق اما لو قال شئت وجعلتها صدقة
صح هذا الكلام المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على امر
كائن والتعليق على امر كائن تنجيز والمراد بالحاكم المعنى في قوله او يحكم به حاكم القاضي فاما الحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضي ان
يبطل الوقف بعد حكمه **قوله** ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو كالوصية بعد موته حتى يلزم بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في
الحكم كالمضاف الى ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث ماله والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رح الا ان يحكم به فيه بعينه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا انه تجيز
الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة وفي فتاوى قاضي خان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كما لو
وقف دارا ثم جاء الشفيع كان له ان يأخذها بالشفعة وينقض الواقف انتهى من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا بخلاف ما لو وقف المديون الصحيح
وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق بحقهم بالعين في حال صحته **قوله** واذا كان الملك يزول عندهما
يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق وعند محمد لا بد لزواله من التسليم الى المتولي لان
الوقف ان يجعله لله فيصير خالصا وحقه انما يثبت مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالى والتمليك منه وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا
وقد يتحقق تبعا لغيره فيأخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة المنجزة ولا يخفى ان التمليك لله تعالى لا يتحقق لا مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستحيل ثم لا موجب
باعتباره حتى يحتاج الى تكلف توجيهه لان غاية ما يوجبه الدليل ما خروج الملك عن الواقف لا الى احد وتوجه الخطاب بصرف غلته الى من وقف عليه او توجه
الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج عن عهدة الواجب كما هو في سائر الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن ان يلاحظ
التسليم الى المستحق تسليما اليه تعالى كانه تعالى جعله نائبه في قبض حقه وذلك يقبض المستحق لا المتولي كالزكوة ويمكن ان لا يلاحظ شيء من ذلك بل المقصود
ليس الا فعل ما وجب بالوقف فلذا كان قول ابي يوسف اوجه عند المحققين وصحح المنية الفتوى على قول ابي يوسف وهذا على قول مشايخ بلخ واما البخاريون فيأخذون بقول محمد كما تقدم وفي المبسوط
وكان القاضي ابو عاصم يقول قول ابي يوسف حسن حسن المعنى اقوى لانه قال وقول محمد اقرب الى موافقة الآثار يعني ما روي ان عمر جعل وقفه في يد حفصة غير ذلك ورد في المبسوط بانه لا يلزم كونه فعله التقيم الوقف بل لشغله
وخوف التقصير في امره وكذا جميع من نصب المتولين لا لحظ له غير تفريغ نفسه من امره واما قول محمد رح لو تم قبل المتولي صارت يد الواقف مستحقة عليه بالتبرع
لا يصلح سببا للاستحقاق على التبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب للخروج مما في يده يوجب عليه استحقاق يده كمستحق العبد الجاني في يد سيده
المعتق له والنذر بالعين الكائنة في يده هي وقيمتها توجب عليه اخراج احدهما من يده وهذه امور شرعية لا عقلية وما بني على هذا الخلاف ما ذكر من
ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده واخرجه من يده وسلمه الى متولي فهذا جائز نص عليه في السير الكبير لان هذا
شرط لا يخل بشيء من شرائط الوقف ولو لم يشترط ذلك لنفسه واخرجه من يده الى قيم قال محمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا لو مات وله وصي فلا ولاية لوصيه
والولاية للقيم ولو اراد الواقف ان يعزل القيم ويرد ولنفسه او لولي غيره ليس له ذلك قال ابو يوسف الولاية للواقف وله ان يعزل القيم في حياته
ويولي غيره او يرد النظر الى نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء على ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم

قال واذا صح الوقف على اختلاف فيه وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله واذا صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط الملك الاول كسائر املاكه قال رحمه الله وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق ذكره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة اما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز عند محمد رحمه الله ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل ايضا عند ابي يوسف لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية التعب بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة

الى القيم فلا يكون للواقف ولاية وعند ابي يوسف بدون التسليم الى القيم يتم الوقف فاذا سلم الى قيم كان وكيلا له ان يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما في حياته وبعد موته وكذا افتى عليه ما قال هذا اشجر وللمسجد لا القيم للمسجد حتى يسلمها الى قيم المسجد قوله واذا صح الوقف خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه هذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول عن الشافعي واحمد انه يدخل في ملك الموقوف عليه اذا كان اهلا للتملك الا انه لا يباع ولا يتملك المختار الاول لانه لو دخل في ملكه لم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل للاجنبي على صحة قوله ثم من بعده فلان على كذا ثم قال المصنف وقوله اي القدوري خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون قولهما لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج من ذلك الواقف ليكون على قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا يستلزم اللزوم بل تختلف باختلاف احكام العقود فقد يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه تجوز بالصحة عن اللزوم قوله ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز والخلاف مبني على الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع لان القسمة من تمام القبض ولا بد من القبض موجب وعند ابي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه فمن اخذ بقول ابي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ اخذوا بقوله في بلده فمن اخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخارا اخذ بقوله في وقف المشاع واما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة المنفذة اي المنجزة في الحال فانما لا يكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة ففرق ابو يوسف بان اشتراط القبض في تينك لما فيهما من التمليك للغير واما الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتى يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما ان يحتمل القسمة او لا يحتملها ففيما يحتملها اجاز ابو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها اتفقوا على اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق على عدم جعل المشاع مسجدا او مقبرة مطلقا اي سواء كان مما لا يحتمل القسمة او يحتملها والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم وعدمه فما لم يشترطا ابو يوسف جاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض لا ترى ان الشائع كان مقبوضا لما كان قبل ان يقبضه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله عند امكان تمام القبض وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن ان يقسم اولا ثم يقبضه وانما اسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى بتحقيق التسليم في جزء وانما اتفقوا على منع وقف المشاع مطلقا مسجدا او مقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالى ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه الى التهايؤ وفيه يؤدي الى هتك المسجد وهو ان يكون المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما او مسكنا عاما واما النبش فليس بلازم من المهاياة بل ليس الهتك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضى القاضي بقسمته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم عند ابي حنيفة رحمه الله ويتهايؤون وعندهما يقسم واجمعوا ان الكل لو كان وقفا على الارباب واراد القسمة لا يجوز وكذا التهايؤ عليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم باعيانهم او ولده ونسله ما تناسلوا واذا انقرضوا كانت غلتها للمساكين فان هذا الوقف جائز على هذا الشرط فاذا انقرضوا كري وتوضع غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى ان يكريها ولو زادت على قدر حاجته سكنا ونعم له الاعارة لا غير ولو كثر اولاد الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم الا سكنا بالقسط على عددهم ولو كانوا ذكورا واناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكور ان يسكنوا نساءهم معهم وللاناث ان يسكن ازواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم ان يقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناها لمن جعل الواقف له ذلك لا لغيرهم ومن هذا العرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الاخر موضعا يكفيه لا يستوجب اجرة

ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رح لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو استحق جزء عينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة **قال** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفور عليه لان القرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع وتارة بالصرف الى جهة تتابد فيصح في الوجهين وقيل التابيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رح لا يشترط ذكر التابيد لان لفظة الوقف والصدقة مبينة عنه لما بينا انه ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد رح ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص

حصته على المساكين بل ان احب ان يسكن معهم في نفقة من تملك الدار بلا زوجة او زوج ان كان لاحدهم ذلك الا ترك للتصنيف وخرج او جلسوا معا كل في نفقة الى جنب الآخر والاصل المذكور في الشروح والفروع في اوقاف الخصاف ولم يخالفه احد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسما اعني الواقف للمشاع وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء او قبله على قول ابي يوسف رح فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص كان هو الوقف ولا يجب عليه ان يقفه ثانيا **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعني شائعا بطل الوقف عند محمد رح لان استحقاق ظهر ان الشيوع كان مقارنا للوقف كما في الهبة اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت لهذا بخلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طارئ واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف ان يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله وقفا ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع فلهذا جاز في الابتداء ان يقف ذلك الباقي فقط وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة لو استحق منها جزء شائع بطلت ولو استحق بعين لا تبطل ولو كانت الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ووقفاها الى وال ليقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر ان في ذلك مع كثرة المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها والي على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق بنصيبه بعقدة على حدة الا ترى انه جعل لنصيبه والي على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة ايضا لا يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق الآخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لان قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا فكذا قبض الوالي هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماها اليه جميعا جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع **قوله** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال ان يخرب الموقوف عليه وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب استدلال المصنف رح على قول ابي يوسف لقوله ان موجب الوقف يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد رح وبعد الحكم عند ابي حنيفة رض زوال الملك بلا تمليك وزواله لم يتابد كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كما لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لانه انما يلزمه لو قال يجوز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك الجهة او الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صارت للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره المصنف رح عنه حيث قال وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا ان ابا يوسف رض لا يشترط ذكر التابيد لان لفظ الوقف والصدقة يبنيان عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق وعندهما يشترط قال المصنف هذا هو الصحيح عند محمد ذكر التابيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة اذ الوقف للسكنى وبالغلة ان لم يكن ذكر السكنى وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فمطلقه لا ينصرف الى المؤبد بعينه فلا بد من التنصيص وكان الاولى ان يولي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر وليلهما الاول وابا يوسف الاول فانما نسب الرواية عن ابي يوسف بان بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف او ورثته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند ابي يوسف فمنها ما في المبسوط اذا تصدق على امهات اولاد في حيوته وجعل لمن السكنى بعد وفاته واي امرأة تزوجت منهن وخرجت منتقلة الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا الشرط يصح منه لمن في الغلة الا ان قال فان لم يحتج بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله عند ابي يوسف لما بينا انه توسع في امر الوقف فلا يشترط التابيد فاشتراط العود الى الورثة عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد

قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه

عنده فاما عند محمد التابيد شرط واشتراط العود الى الورثة يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يحيل ذلك وصية لبعد موته فيجوز كالوصية لمعلوم يسكنه داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما نقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن ابي يوسف اذا وقف كذا على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى ولذا عرف عن ابي يوسف من جواز عوده الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان واما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها زوجها او مات او عادت بعد ما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها باحد هذه الصفات فلا يعود الا ان نص على ذلك فيقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها **قوله** ويجوز وقف العقار وهو الارض بنية كانت او غير بنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون قضاؤها في دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضي خان تدخل الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل اولا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما غيره ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة مفهومه بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا يدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنة والحاصل ان كل شجرة تقطع في سنة فهو للواقف وما لا يقطع في سنة فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض اصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ماء في ارض مملوكة او طريق وقوله لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه قدمنا ذكر جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا واسانيدها مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف عمر رضه رضه بمنى واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن هشام بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام رضه وقف دار الرعلى المردودة من بناته قال والمردودة هي المطلقة والفاقدة لسلتها مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا جعلها لابن السبيل صدقة واخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمان بن الارقم المخزومي انه كان يقول انا ابن سبيع الاسلام اسلم ابي سلاح سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام ودعا الناس الى الاسلام واسلم فيها خلق كثير منهم عمر بن الخطاب رض فسمت دار الاسلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر انه نسخة صدقة بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى ان قال لا تباع ولا تورث وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله بن الزبير الحميدي تصدق ابو بكر رض بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر رض بربعه وتصدق سعد بن ابي وقاص بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رض بربعه فهي الى اليوم وعمرو بن العاص بربط من الطائف ودارة بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحصر في كثير وهذا كله مما يستدل به على ابي حنيفة في عدم اجازة الوقف **فرع** اذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وان لم تحدد استغنى لشهرتها عن تحديدها **فرع** اخر وقف عقارا على مسجد او مدرسة بيا مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتاخرون والصحيح الجواز ويصرف غلتها الى الفقراء الى ان تبنا فاذا بنيت ردت اليها الغلة فهذا من الوقت على ولاد فلان ولا ولاد حكموا بصحته وتصرف غلته الى الفقراء الى

ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رحمه الله هذا على الارسال قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر الآلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رحمه الله معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد رحمه الله يجوز حبس السلاح معناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف رحمه الله معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادراعه واعتاده في سبيل الله تعالى وطلحة رضي الله عنه حبس درعه في سبيل الله تعالى وكذا الكراع والكراعة والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح لما بينا

ان يوله لفلان قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله هذا على الارسال اي على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله ثم قال القدوري وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز والاكرة الحراثون وكذا سائر آلات الحراثة اذا كانت تبعا للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا كالبيع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وكذا كثير مستغنى عن الذكر ولو عرض لبعضهم فتعطل عن العمل ان كان الوقت قبل تقسيم في مال الوقف صرح بها والا لا نفقة لهم وان لم يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجزه ويشتري بثمنه آخر ليعمل كما لو قتل فاخذ ديته عليه ان يشتري بها آخر ولو جنى احدهم جناية فعلى القيم ان ينظر ان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه او فداه من مال الوقف واذا افداه بقيمته تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس له ان يرجع على الوقف من الدفع والفداء شيء فان فداه كان متطوعين ومحمد مع ابي يوسف يعني فلا معنى لافراد ابي يوسف لانه لما جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده اي عند محمد فتجويزه تبعا للعقار اولى وضمير لانه للشان اما الوقف ضيعة فيها البقر وعبيد له ولم يذكر سهم فانه لا يدخل شيء من الآلات والبقر والعبيد في الوقف قال المصنف رحمه الله قال محمد يجوز حبس الكراع وهي الخيل والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه ايضا في ذلك على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل من شرط التابيد والمنقول لا يتابد وجه الاستحسان الآثار المشهورة فيه اي الكراع والسلاح منها قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين عن ابي هريرة بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب رضي الله عنه على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله واما خالد فانكم تظلمون خالدا وقد احتبس ادراعه واعتاده في سبيل الله واما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو علي ومثلها ثم قال اما شعرت ان اعمام الرجل صنو ابيه اما ذكر المصنف من ان طلحة حبس درعه وفي رواية ادراعه فلم يعد وان لم يعرف حبسه على الكراع لان فعلا لا يجتمع على افعال بل على الفعل كعقاب اعقب وانما ذكر له في الصحاح صفتي جمع قال والجمع اكرع ثم اكارع الا ان الطبراني اخرج عن ابن المبارك ثنا حماد بن زيد عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن عمر بن قتادة عن ابي وائل قال لما حضرت خالد بن الوليد رضي الله عنه الوفاة قال لقد طلبت القتل فلم يقدر لي الا ان اموت على فراشي وما من عملي ارجى من لا اله الا الله وانا متترس بها ثم قال اذا انا مت فانظروا سلاحي وفرسي اجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال فيه ما من عملي شيء ارجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وانا متترس بها انتظر الصبح حتى اغير على الكفار واذا عرف هذا فالاول تمثيل بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع انه روي ان ام معقل جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في سبيل الله وانا اريد الحج افاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة في سبيل الله والحاصل ان وقف المنقول تبعا للعقار يجوز واما وقفه مقصودا ان كان كراعا او سلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والناس والقدوم وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة وفي الفتاوى القاضي خان وقف بناء بدون ارض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف بالقيد ان الارض اذا كانت متقررة للاحتكار جاز فانه قال في رجل وقف بناء داره دون الارض انه لا يجوز قبل له فما تقول في حق غيبة السوق ان وقف رجل حوانيتها قال ان كانت الارض لجاتة في ايدي القوم الذين بنوها لا يجوز حبسهم السلطان عنها فالوقف جائز لان اكثر ما ادعى في اسباب البناء جواز الوقف وتقدم منهم لا يتعرض لهم سلطان ولا يزعجهم عنها لانه غلبة يأخذ ويتداولها الخلفاء ومضى عليهم الدهور وهي في ايديهم يتبايعونها ويؤاجرونها ويجوز فيها وصاياهم ويهدمونها ويبنون غيرها فان كان مثل ذلك جاز وقف البنيان فيه والا فلا وذكر في موضع آخر من فتاوى قاضي خان اذا بنى فنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها سبيلا ثم ذكر انه

وعن محمد رحمه الله يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم والمنشار والجرار وثيابها ونقود والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس انما ترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد رحمه يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا لها بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول محمد رحمه وما لا تعامل فيه لا يجوز عندنا وقفه وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد يسأم الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما

انما خص البناء بذلك لان العادة ان تتخذ على خشبتي النهر العام يعني وذلك غير مملوك له ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون اصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في ارض بني عارية او اجارة وان كانت ملكا لواقف البناء جاز عند البعض وعن محمد اذا كان البناء في ارض وقف جاز وقفه على الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوى واطلاق الاجارة يعارض قول الخصاف في اراضي الكور اللهم الا ان يحمل تخصيصا بسبب انها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعته وفي الخلاصة اذا وقف مسجدا على اهل المسجد لقراءة القرآن ان كانوا يحفظون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك المسجد وفي موضع اخر لا يكون مقصورا على هذا المسجد واما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه ناخذ وجه قول ابي يوسف ان القياس يأباه والنص ورد في الكراع والسلاح على خلافه فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعلى قول محمد اكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه كلما امكن الانتفاع به مع بقاء اصله يجوز وقفه وهذا قول مالك واحمد ايضا واما وقف ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والمأكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس بحلي واما الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي لان حفصة رضي الله عنها جعلت حليها العشرين الفا محبسا على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن احمد لا يصح وقفه وانكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه المص بان حكم الوقف الشرعي التأبيد لا بتأبيد العقار غير انه ترك في الجهاد لانه سئام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما نحن فيه ولا يخفى دلالة ايضا لانه ليس في معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف البقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في اوقافهم رجوت ان يكون جائزا وعن الانصاري وكان من اصحاب زفر فيمن وقف الدراهم والطعام او ما يكال او يوزن يجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال تدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال او يوزن يباع ويدفع ثمنه مضاربة او بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكرسي الخطابة على شرط ان يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يؤخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم من الفقراء ابدا على هذا السبيل يجب ان يكون جائزا قال ومثل هذا كثير في الرمي وناحية وسيارة الاكسية واستره الموتى اذا وقفت صدقة ابدا جاز فتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في اوقات لبسها ولو وقف ثورا لاثارة بقرتهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله فلو وقفه على ان يمسكه ما دام حيا ان امسكه لا يجوز ذلك لانه لو لم يغير كان له ذلك لان المجاهد على فرس السبيل ان يجاهد عليه وان اراد ان ينتفع بشيء غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني مثل الشرط ويصح وقفه ولا يؤاجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى النفقة فيؤاجر بقدر ما ينفق عليه قال في الخلاصة وهذه المسئلة دليل على ان المسجد اذا احتاج الى النفقة يؤاجر قطعة بقدر ما ينفق عليه انتهى وهذا عندي غير صحيح لانه يعود النفع الذي لاجله استثنى ابو يوسف المسجد من وقف المشاع وهو ان يتخذ مسجد الصيف فيه عاما والشتاء يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يؤجر لغير ذلك فيقول غايته ما يكون السكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الحائض والجنب فيه ولو قيل لا يؤاجر لذلك فكل عمل يؤاجر له فيه تغيير احكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير احكامه الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فح لا يصير مسجدا عند محمد رح خلافا لابي يوسف اذا لم يكن كذلك فتجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة ايضا يجوز وقف الطيلسان والجوازي على

قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رح فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية الى الواقف وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسمه المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كانت القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز ويكون بقدر الدراهم شراء

مصالح الرباط واذا زوج السلطان او القاضي جارية الوقف يجوز ولو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان في الاول اكتسابا للوقف دون الثاني ولهذا لو زوج امة الوقف من عبد الوقف لا يجوز ومن **فروع** الوقف المنقول وقف دار فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الاهلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران وسئل ابو بكر عن وقف شجرة باصلها والشجرة مما ينتفع باوراقها وثمرها قال الوقف جائز وينتفع بثمرها ولا تقطع باصلها الا ان تفسد اغصانها فان لم تنتفع باوراقها وثمرها فانها تقطع ويصرف ثمنها الى سبيله فان نبتت ثانيا والا حرس مكانها وسئل ابو القاسم الصفار عن شجرة وقف بعضها وبقي بعضها فقال ابيس منها فبيعه سبيل غلتها وابقى متروك على حالها **قوله** واذا صح الوقف اي لزم وهذا يؤيد ما قدمناه في قول القدوري واذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه هو باجماع الفقهاء الا ان يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند ابي يوسف فتصح مقاسمته لامتناع التمليك فلما بينا من قوله عليه الصلوة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الخ ولانه بالازم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا تمكن من البيع واما جواز القسمة اي عندهما فان على قول ابي حنيفة لا يجوز وان قضى القاضي بصحة وقف المشاع لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات فلانها تمييز معنى وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة الى ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف عند ابي يوسف ووقف المشاع انما يجوز على قوله ولو طلب الشريك القسمة بعد موته فالقسمة الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فللقسمة طريقان احدهما ان يقاسمه القاضي بان يرفع الامر اليه ويطلب منه القسمة فيامر رجلا ان يقاسمه الثاني ان يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ان احب وهذا لان الواحد لا يصلح ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم بان يكون احد النصفين اجود من الاخر جعل بازاء الجودة دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع بعض الوقف لا يجوز وان كان الاخذ شريكه بان كان نصيب الوقف احسن جاز لان الواقف مشتر لا بائع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله ان اعطى الواقف لا يجوز يصح على بنائه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنائه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه اخذ الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قائما عامرا اما اذا انهدم ولا حاصل يعمر به فيجوز لانه رجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسائل نظر يعني لان الوقف بعدما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وانت تعلم ان قول محمد برجوعه الى ملك الواقف اولى من قوله في المسجد لان خلوصه لله اقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك شرط الفائدة وتحقق انتفاعها اذا لم يكن له ريع يعاد به ولا يوجد من يستاجره فيعمره من فلك حانوت احترق في السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحال لا يمكن عمارته فهو للواقف ولورثته وان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى القاضي ان اذا كان كاللقطة يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف موته وانقراض عقبه وروي عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال فبيد القيم ثمنها اخرى هي اكثر ريعا كان له ان يبيعها ويشتري بثمنها ما هو اكثر ريعا واما قول طائفة من المشايخ فيما اذا كان النظر على الوقف من وارث او سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف شيئا من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرائطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في شجرة جوز وقف في دار وقف خربت الدار لا تباع الشجرة لعمارة الدار

قال والواجب ان يبتدئ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا يبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر لهم واقرب مواليهم هذه الغلة فيجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهو في ماله اي ماله شاء في حال حيوته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت علتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك فليست مستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال فان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها الحاكم عليه ثم اجر بقدرها فان فضل شيء فهو لمن له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه ضامنا ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك

بل تكرى الدار ويستبان تنفيذ الجواز على العمارة ثم اذا جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القلع بل بعده بكذا عن الفضلي في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال يجوز قبل القلع لانها هي الغلة بناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقطع كالثمرة كذا قيل والوجه يقتضي اذا تعين البيع كونه قبل الهدم وفعل زيادة مؤنة الهدم الا ان تزيد القيمة بالهدم وفي زيادات ابي بكر بن حامد اجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره اذا استغنوا عنه

قوله والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرطه الواقف ذلك ولم يشترطه لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا وذلك بصرف الغلة مؤبدا ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط ان يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج اليه لادارة العشر والخراج والبذور ارزاق الولاة عليها والعمالة واجور الحراس والحصادين والدواسين لان حصول منفعتها في كل وقت لا يحصل الا بدفع هذه المؤن من راس الغلة قال شمس الائمة وذلك ان كان يستحق بلا شرط عندنا لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رأيه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكوك الامن بالشرط قال المصنف ولان الخراج بالضمان اي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام ذلك الشيء اي كون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى ابو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن ابي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان قال ابو عبيد معناه والله اعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى انه يرد العبد على البائع بالعيب فيرجع بالثمن فيأخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده انتهى ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاء حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم في معناه والغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله وصار اي عمارة الوقف كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها تكون على الموصى له بها قوله ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر لهم فلا يتصور ان يلزم والعدم احتياجهم ولعسرتهم واقرب مواليهم هذه الغلة الكائنة للوقف فتجب العمارة فيها قوله وان كان الوقف على رجل بعينه او رجال وآخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال حيوته فاذا مات فمن الغلة ولم تؤخذ من الغلة عينا لانه رجل متعين يمكن مطالبته ثم هو يعطي ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما هي بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها فاما الزيادة فليست بمستحقة فلا تصرف في العمارة الا برضاه ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض اي لا يزاد على الصفة التي كان عليها وعند آخرين يجوز ذلك الى الزيادة والاول اصح لانه صرف حق الفقراء الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج اليها وتقطع الجهات الموقوف عليها لها الا ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم وانما النظر فان كان الشرط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا للعمارة قطع الا ان يعمل فيأخذ قدر اجرته وان لم يعمل لا يأخذ شيئا قال الامام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم واصحاب هذه الطاحونة يقتسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا يأخذ ما يأخذه الا بطريق الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل انتهى فهذا عندنا فيمن لم يشترط له الواقف اما اذا شرط كان من جملة الموقوف عليهم قوله فان وقف دارا على سكنى ولده او غير ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كالعبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك وكان فقيرا اجره الحاكم وعمرها باجرتها ثم ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا والاول وهو العمارة اولى من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لم يعمرها لان الجمع بين المصلحتين اولى من ابطال احدهما ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من الزام الضرر باتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر فيما اذا عقد عقد المزارعة وبينا من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل لا يجبر عليه كذلك

قال وما انهدم من بناء الوقف والمتولي عنده انه الى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها
لا بد من العمارة لتبقى على التابيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفوا فيها والا امسكها حتى لا يضيع عليه ذلك
وان استغنى فيستبدل المقصود ان تعذر اعادة عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى الوجه الاصلح للبدل الى مصرف البدل ولا يجوز ان يصرف بعض منفعته الى
الوقف لانه لا وجه من التعيين ولا حق للموقوف عليهم فيه وانما حقهم في منافعه والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليه غير حقه قال واذا جعل الواقف غلة
الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال رحمه ذكر خصلتين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف رحمه
لا يجوز على قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي رحمه وقيل ان الاختلاف بنيا على الاختلاف في شرط الشيوع لا في شرط التنفيذ مبتدأ وقد عرف
فيما اذا شرط البعض لنفسه غير جهته وبعده موقوفة للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حياته وبعد موته للفقراء سواء كان وقف وشرط البعض او الكل لا يمكن الا ارادة ومدبر بيد
مدبر احياء فاما اذا تواقفا للفقراء والمساكين فقد قيل يجوز ولا لا لانه وقف على الخلاف ايضا وهو التسليم لان اشتراطه لنفسه وجه قيل محمد كاشتراطه لنفسه وجه قيل محمد
ان الوقف تبرع على وجه القربة بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالتصدق للفقراء وشرط بعض غلته لنفسه

ثم لا يكون ابتداء رضى منه بطلان حقه لان العقد في غير التبرع دليل دلالة الامتناع على الرضا باسقاط حقه مترددا فيها لجواز كون امتناعه بعد القدرة على العمارة
لرجائه اصلاح القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه وانما قال اجره الحاكم لانه لا تصح اجارة من لا يسكنه وجه الاول قوله لانه غير مالك
وفي تقريره طريقان احدهما انه ليس بمالك للمنفعة بل ايجاب له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع
بلا عوض والمسئلة في وقف الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا تحقق تمليكها الا بتمليكها
فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضي ان لا يصح اجارة المستاجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان
لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكره فالاولى ان يقال لانه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك
اكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذه الوجه والذي قبله يفيدان الفرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحق للغلة ايضا ليس
ان يؤاجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل ما ملكه من المنافع بلا بدل ونص الاستروشني ان رأى في المنقول ان
اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك اجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه ابي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان الوقف لا يتضرر بجوز
اجارته وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يؤاجر وان لم يشترط ذلك
فيجب ان يجوز ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستاجر بالمرحكم بذلك في المنقول من المذهب
والحال فيها تؤدي الى ان تصير نقضا على الارض كما تسقوه الرياح وخطر لي انه يخير القاضي بين ان يعمرها فيستوفي منفعتها وبين ان يردها الى ورثة الواقف
والله اعلم قوله وما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو بالجر كالخشب والقصب قد تقدم عطفا على ما صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى
عنه امسكه حتى يحتاج اليه وانت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارة ذلك لقدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج
وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا جدا لا يخل بالانتفاع
بالوقف ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى يحين وتجب العمارة وان تعذرت اعادته بان خرج عن الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه
صرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل ولا يقسم بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى وحقهم
في الغلة فتفطن واعلم ان عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه وقف الواقف اما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه
بلا هذا الشرط وهذا الان في صيرورته وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا فللقيم ان يبيعه متى شاء لمصلحة عرضت قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف
لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف فهذان فصلان ذكرهما القدوري شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف وهو قول
احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة وزفر ومن اصحاب الشافعي ابن شريح ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرأي وهو هلال بن يحيى بن مسلم
البصري وانما نسب الى الرأي لانه كان على مذهب الكوفيين ورأيهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب
ابي حنيفة وقيل ان هلالا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف بل هو الرأي بتشديد الياء
لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري هكذا صح في مسند ابي حنيفة وغيره وبقول محمد قال الشافعي ومالك الخلاف في شرط كل الغلة
لنفسه وبعده على الفقراء او بعضها وبعده للفقراء ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض اي قبض المتولي فلما شرطه محمد منع اشتراطه

ولابي يوسف رحمه ما روي ان النبي عليه السلام كان ياكل من صدقته واراد منها صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط ولان على هذا
اكان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه
لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزله او يشرب منه او يدفن
فيه ولان مقصوده القربة وفي التصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة

الغلة لنفسه لانه لا ينقطع حقه فيه ولا شرط القبض لا ينقطع حقه فلما لم يشترطه ابو يوسف لم يمنعه وقيل مسئلة ابتداء غير مبنية وهو اوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية
ما اذا شرط الغلة لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا كان للفقراء بناء على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه المصنف وقيل بل صحته شرط
الغلة لامهات اولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قال المصنف مخالف لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضي خان فان الكل جعلوا
الصحة بالاتفاق وفرق في المبسوط لمحمد رحمه بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولامهات اولاده حيث يجوز مع ان شرطه لمن ولد مدبريه كشرطه لنفسه بان حرتهم
ثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم حالة حيوته تبعا لما بعد موته كما قال ابو حنيفة في اصل الوقف اذا قال في حيوتي وبعد
وفاتي يلزم اما لو وقف على عبيده وامائه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يتقون بموته فلا بقية ويجوز عند ابي يوسف كشرطه لنفسه وجه قول محمد رحمه ان الوقف تبرع على وجه
التمليك للغلة او للسكنى فاشتراط البعض او الكل لنفسه يبطله لانه التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه
على ان يكون بعضه له لم يجز لعدم الفائدة اذا لم يكن مملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة الموقوفة وكشرط البعض لبقية المسجد لنفسه
بيانا ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل من صدقته والصدقة الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فان الاجماع على ان الوقف اذا لم
يشترط لنفسه الاكل منها لا يحل له ان ياكله منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ لم يعرف الا ان في مصنف ابن ابي شيبة حدثنا
ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه لم تزل حجر المدري اخبرني ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم ياكل منها اهلها بالمعروف غير المنكر ولان الوقف
ازالة الملك الى الله تعالى فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه لا انه جعل ملك نفسه لنفسه كذا قرره المصنف وعلى ما سلف لنا في اشتراط
التسليم الى المتولي عند محمد ينبغي ان يقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكائن بالعين واسقاطه لا الى مالك انتفاء مرضات الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه
الغير المنافي للقربة والشرع وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك كما اذا بنى خانا او شرط ان ينزل فيه او سقاية وليشرط ان يشرب منها او مقبرة وشرط
ان يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة روي معنى هذه الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجه من حديث
المقدام بن معدي كرب عنه عم قال ما من كسب الرجل كسب اطيب من عمل يده وما انفق الرجل على نفسه واهله وولده وخادمه فهو له صدقة
واخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما اطعمت نفسك فهو لك صدقة الحديث واخرج ابن حبان في صحيحه عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال ايما رجل كسب مالا حلالا فاطعمه نفسه او كساها فمن دونه من خلق الله فان له به زكوة ورواه الحاكم الا انه قال فانه له زكوة وقال صحيح الاسناد
ولم يخرجاه واخرجه الحاكم ايضا والدارقطني عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما انفق الرجل على نفسه واهله
فهو له صدقة وما وقى به عرضه فهو صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى عرضه قال ان يعطي الشاعر او ذا اللسان المتقي وقال صحيح الاسناد
واخرج الطبراني عن ابي امامة عنه عم قال من انفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن انفق على امرأته واهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم عن جابر انه عم
قال للرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك الحديث فقد ترجح قول ابي يوسف قال الصدر الشهيد الفتوى على قول
ابي يوسف نحن ايضا نفتي بقوله ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث اخرجه ولم يدفعه ومن صححه الاشتراط لنفسه
ما لو قال على ان يقضي دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدث علي الموت وعلي دين يبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله
كل ذلك جائز وفي وقف الخصاف اذا شرط ان ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم

ولو شرط الواقف ان يستبدل به ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل

قيل ان يتفق ذلك بل يكون ذلك لورثته او لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل ذلك وكان له فقد عرف ان شرطه بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك اذا قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من كل عشرة اسهم سهما سهم يجعل في الحج عنه او في كفارات ايمانه وفي كذا وكذا وسمى اشياء او قال اخرج من هذه الصدقة في كل سنة كذا وكذا درهما يصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سيبين قوله ولو شرط الواقف ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانه فهو جائز عند ابي يوسف وهلال والخصاف وهو استحسانه وكذا لو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها وقال محمد يصح الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبدال مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا ان يذكر عبارة تفيد له ذلك دائما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص له بذلك على وزان هذا الشرط لنفسه ان ينقص من المعاليم اذا شاء ويزيد ويخرج من شاء ويستبدل ان كان له ذلك وليس للقيم الا ان يجعله له واذا اخرج مرة ليس له ثانيا الا الشرط ولو شرط للقيم ولم يشترط لنفسه كان له ان يستبدل بنفسه لان افادة الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد بشرط الاستبدال للقيم بحيوة الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوى قاضي خان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا غصبها غاصب واجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى فتكون وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال بارض اخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان ياذن في بيعها اذا رآه انظرا لاهل الوقف واذا كان حاصله اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا هو اشتراط عدم حكمه وهو التابيد بل هو تابيد معنى ولا يقال حكم الوقف اذا صح الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكمه ذلك على وجه ينفذ فيه شرط الدنيا في اصل الوقف اذا لم يخالف امرا شرعيا وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة ذكر مسئلة ثم قال وبهذا تبين خطأ من يجوز استبدال الوقف وكذا عن ظهير الدين رحمه عنه بعد ان كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو اريد تجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال فيما اذا كان احسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال الا عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة الكتاب او لا عن شرطه فان كان لمزيد انتفاع عن انتفاع الموقوف عليهم فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضي خان وان كان لا كذلك بل اتفق ان امكن ان يوخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب بقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة اخرى ولانه لا موجب لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه على ما كان ولعل محل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن ابي يوسف هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب ابي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا وفي فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه يصح الشرط والوقف ويملك الاستبدال اما بلا شرط اشار في السير الى انه لا يملكه الا باذن القاضي ولا يخفى ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال بنفسه اذا شرطه وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في اصل الاستبدال ذلك والا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا ان محل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم يشترطه لنفسه ثم اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على ان يقفه بلفظ يخصه وليس للقيم ان يوصي بالاستبدال الا ان يوصي اليه عند موته بالوقف ومن فروع الاستبدال لو قال على ان ابيعها بقليل وكثير وعلى ان ابيعها واشتري بثمنها عبدا بعض هلال على فساد الوقف كانه قال على ان ابطلها والقصر على ان ابيعها واشتري بثمنها ارضا جاز استحسانا واذا قال على ان استبدل ارضا اخرى ليس له ان يجعل البدل دارا وكذا على العكس ولو قال ارض مصر ليس له ان يستبدل بها غيرها لان

ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وعند محمد رح الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرنا

الا ان كان قد تخلف في جودة الارض وينبغي ان كانت احسن ان يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال ولم يذكر شيئا استبدل ما شاء من العقار ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع ولو قبض الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا لو استهلكه اما لو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه ولو اشترى بالثمن عوضا مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه في قول ابي حنيفة ومنعه ابو يوسف اما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ولو باعه بعرض فعلى قياس قول ابي حنيفة يصح وقال ابو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنقد وبارض تكون وقفا مكانها واذا باع الوقف ثم عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه كان له ان يبيعها ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك بيعها لانها صارت وقفا كانه اشترى غيرها الا ان يكون عمم لنفسه الاستبدال ولو وقف بغبن فاحش او بغير قضاء ثم بعد القبض وقبل القبض تقايلا عادت وقفا وكذا اذا قال المشتري قبل القبض ا وبعده فلان يصح بالاخرى ما شاء ولو استحقت الاولى في القياس تبقى الثانية وقفا وفي الاستحسان لا لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى الثانية وقفا ولو شرطه لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو اوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك لان في الوكالة معنى التمكن حال الحياة ويمكن الاستدراك بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه مع اخر على ان يستبدل لا معا فتفرد ذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد الواقف جاز لانه هو الذي شرطه لذلك ما شرطه لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضيا بلدين كل منهما كان لكل ان يتصرف وحده ولو ان احد هذين القاضيين اراد ان يعزل الذي اقامه القاضي الآخر قال ان رأى المصلحة في ذلك كان له ان يعزله والا فلا **قوله** ولو شرط اي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة ايام بان قال وقفت داري هذه على كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف وقال محمد رح الوقف باطل وهو قول الشافعي واحمد وهلال قال المص وهذا بناء على ما ذكرنا يريد الاصل المختلف فيه اعني شرط التسليم فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الواقف ولا شك ان شرط الخيار يفوت معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض وابو يوسف لما لم يشترط تمام قبض متول انبنى عليه جواز شرط الخيار وروي عن ابي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن خالد السمتي لان الوقف كالاعتاق في انه ازالة الملك لا الى ملك ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل الشرط فكذا يجب هذا وكذا اتفقوا على ان شرط الخيار في المسجد يبطل وتتم وقف المسجد ومثل ذلك قال الهندواني على قول محمد ينبغي ان يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال ولكن محمد يقول تتم الرضا والقبض تتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضا ولا القبض فكان كالاكراه على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلوة فيه بجماعة وكذا في الاعتاق فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في اصل الوقف ثم له هذا وقد منا ما فيه وتقييد الخيار بثلاثة ايام ليس قيدا بل ان يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار لا يجوز بالاتفاق وكذا روي عن ابي يوسف انه قال ان بين للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت لم الوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد رح فلو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التابيد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار فيه لا يمنع جوازه بل يفسده واذا شرطه اكثر من ثلاثة ايام لا يمتنع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن الفساد في صلب العقد فاذا اسقطه قبل الثلث جاز ذكره في فتاوى قاضي خان ولا يبطل الوقف بالشروط الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل على ان يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط وفي فتاوى قاضيخان ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقبل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو اشترى ارضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون الوقف بل له ان يفسخ به اشتار **فروع** اشترى ارضا على انه بالخيار فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري ثم اسقط البائع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البائع صح ولو وقف الموهوب له الارض

لا الجواز

وما فصل الولاية فقد نص محمد في الخصاف على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب ذكر هلال في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا لا شك ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه وقلنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى لولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو ان الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل **فصل**

قبل قبضها ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى لها قبل موت الموصي ثم مات الموصي وكذا لو وقفها في الشراء الفاسد قبل قبضها ثم قبضها **قوله** واما فصل الولاية فقد نص محمد في الخصاف على قول ابي يوسف حيث قال او جعل الولاية اليه جاز على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا قال الصدر وهو ظاهر المذهب ذكر هلال في وقفه فقال وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا لا شك ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه فهذا يدل على انه لم يثبت تصريح محمد به ولذا اطلق المصنف قوله وهو ظاهر المذهب اورد على هذا ان مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم ان لا يثبت للواقف ولاية وان شرطها لنفسه لانه ينافي هذا الشرط وجوابه بين احدهما ان تأويل ذلك ان يكون شرط الولاية لنفسه ثم سلمها الى المتولي فان الولاية يكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوى قاضي خان وذكر محمد في السير انه اذا وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه اما اذا لم يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى ان قال وهذه المسئلة بناء على ان محمدا التسليم الى المتولي شرط الوقف فلا يبقى له ولاية بهذا التسليم الا ان شرط الولاية لنفسه واما على قول ابي يوسف التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة والتتمة والاخران معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه في الابتداء اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عنه عند محمد ايضا لان شرط الوقف نزاعي فمن ضرورته سقوط التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط الثقة وقد سنا فرعا آخر على اشتراط التسليم عند الكلام عليه ثم استدل المصنف على قول ابي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له ولاية وغيره يستفاد الولاية منه ويقال ان يمنع استفادة الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير اجنبيا عنه فيجب كون الولاية فيه للحاكم الولي فيمن شاء ممن يصلح لذلك هو من لم يسأل الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوص الحق لله تعالى لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلا بد لكون الولاية له بعد خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وقد تم قوله ولانه اقرب الناس الى الوقف فكان اولى بالولاية دليلا على ذلك فان القاضي ليس اقرب منه اليه والفرض ان الواقف عدل مأمون فهو احق من القاضي لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف لصرفه الى الجهات التي عينها وهو انصح لنفسه من غيره فهو منتصب وليا وقوله كمن اتخذ مسجدا كان اولى بعمارته ونصب المؤذن وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه اما عمارته فلا خلاف يعلم فيه واما نصب الامام والمؤذن فقال ابو نصر قاضي الجماعة وليس للباني احق منهم بذلك وقال ابو بكر الاسكاف الباني احق بنصبهما من غيره كالعمارة قال ابو الليث وبه نأخذ الا ان يريد اماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم ان يفعلوا ذلك كذا في النوازل وتتم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مأمون على الوقف فللقاضي ان يخرجه نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للاصغار وكذا لو شرط ان ليس للسلطان ولا للقاضي ان يخرجه عنه ويوليها غيره لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مأمون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بان ما يخرج به الناظر اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوى قاضي خان لو جعل الواقف ولاية الوقف الى رجلين بعد موته فاوصى احدهما الى صاحبه في امر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن ابي حنيفة لا يجوز لانه انما رضي برأيهما وفيهما لو جعل ارضه وقفا فمرض مرض الموت فجعل رجلا وصي نفسه ولم يذكر من امر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا يكون الى الوصي ولو قال

انت وصي في امر الوقف خاصة قال ابو يوسف هو كما قال فقال ابو حنيفة رح هو وصي في الاشياء كلها

فصل لما اختص المسجد باحكام تخالف احكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند ابي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الصلاة

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عند ابي حنيفة رح عن ملكه اما الازالة فلانه لا يخلص لله تعالى
الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم عند ابي حنيفة رح ومحمد رح ويشترط تسليمه بعد ذلك في المسجد بالصلوة فيه اولانه لما تعذر القبض بتمام تحقق المقصود مقامه
ثم يكتفي بصلوة الواحد فيه في رواية عن ابي حنيفة رح وكذا عن محمد رح لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه وعن محمد رح انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد بنى لذلك في الغالب
وقال ابو يوسف رح يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى فيسقط حق العبد صار كالاعتاق وقد بينا وجه قبول من قبل
قال ومن جعل مسجد الجامع منزله اب او دوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله عن ملكه فلا له ان يبيعه وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد
متعلقا به ولو كان البيت اب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يبنى ذلك
يتحقق في السفل دون العلو وعن محمد رح على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغلا يتعذر تعظيمه وعن ابي يوسف رح انه جوز في الوجهين حتى قدم بغداد درأ
ضيق المنازل فكانه اعتبر الضرورة وعن محمد رح انه حين دخل الري اجاز ذلك كذا لما قلنا **قال** وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث
عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر مسجدا لانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح انه لا يباع ولا يورث
لا يوهب فيرده مسجدا وكذا عن ابي يوسف رح انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل الاجارة من غير ذكر

ولا يجوز مشاعا عند ابي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولي عند ابي محمد افرده المفصل على حدة واخره هذا ويمكن ان يحمل من ذلك ايضا من لو اشترى ارضا شراء
فاسدا وقبضها ثم بنى عليها بناء وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا لقال الفقيه ابو جعفر ذكر محمد في كتاب الشفعة انه لو اشترى ارضا شراء فاسدا وبنى بها المسجد جاز عند
ابي حنيفة وعليه قيمتها للبائع وقول ابي يوسف ومحمد ينقض البناء ويرد الارض الى البائع لفساد البيع قال فاشتراط البناء له دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند
الكل وذكر هلال انه يصير مسجدا في قول اصحابنا فصار فيه روايتان قال الفقيه ابو جعفر في الوقف الفاسد روايتان والفرق على احداهما عند هذا القائل ان
في الوقف حق العباد كالبيع والهبة واما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو خبيث لا يصلح حقا لله ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع ان
ياخذها بالشفعة وكذا اذا كان للبائع حق الاسترداد كان له ان يبطل المسجد **قوله** واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه
ويأذن للناس في الصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند ابي حنيفة ومحمد رح وفي رواية عنهما وفي رواية اخرى عنهما لا يزول الا بالصلوة جماعة وعند ابي يوسف رح
يزول ملكه بمجرد قوله جعلته مسجدا ما قولهما فلان الملك لما لم يزل بمجرد القول فشى محمد رح على اصله في اشتراط التسليم لكن لا بتعيين المتولي لان تعيينه لتحقق التسليم
الى من اخرج اليه وهو الله تعالى ولا تحقق الا في ضمن التسليم الى العبد على امر لا كل عبد بل الذي تعود منفعته اليه غير ان المتولي يقام مقامهم في القبض
ومقام الواقف في اقباض الغلة لهم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك وليس له غلة يستحقها الناس فاقيم حصول المقصود مقام
التسليم وهو الصلوة فيه وعلى هذا يخرج عن الملك بصلوة المنفرد لان قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا هل يصلي الواقف بنفسه وحده والصحيح
انه لا يكفي لان الصلوة انما تشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من نفسه لا يكفي فكذا صلوته ووجه رواية اشتراط الجماعة انها المقصود بالمسجد لاطلاق الصلوة لانها
تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلوة الجماعة ولهذا اشترط كونها باذان واقامة عندهما ولو جعل له واحد موذنا واماما فاذن واقام وصلى وحده
صار مسجدا بالاتفاق لان اداء الصلوة على هذه الوجه كالجماعة ولهذا قالوا يكره بعد صلوة الموذن هذه ان تعاد الجماعة لمن ياتي بعده غلب ذلك لوجه عند البعض وقولنا
لا بتعيين المتولي يفيد انه لو سلمه الى متولي جعله له صح وان لم يصل فيه احد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولي ايضا يحصل تمام بالتسليم اليه
تعالى لدفع يده عنه وجه ابي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج في الملك بلا حكم مما سياتي بان لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت ارضي
صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج عن الملك لان لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها الا التصدق بالغلة وهي معدومة ولا يصح بل الوقف
يبنى على الابقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج الى حكم الحاكم لاخراجه عن ملكه الى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فانه
ليس بنيا على ابقاء الملك فيحتاج الى القضاء بزواله فاذا اذن في الصلوة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه ومقتضى هذا امران احدهما
انه لا يحتاج في جعله مسجدا الى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك به قال مالك واحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته او حبسته ونحو ذلك لانه وقف على
قربة فكان كالوقف على فقراء ونحن نقول ان العرف جار بان الاذن في الصلوة على وجه العموم والتخلية تفيد الوقف على هذه الجهة فكان كالتعبير به
فكان كمن قدم طعاما الى ضيفه او نثر شيئا كان اذنا في اكله والتقاطه بخلاف الوقف على الفقراء لم يجر عادة فيه بمجرد التخلية والاذن بالاستغلال لو جرت
به في عرف اكتفينا بذلك كمسئلتنا والثاني انه لو قال وقفته مسجدا ولم ياذن بالصلوة فيه ولم يصل فيه احد لا يصير مسجدا الا بحكم وهو عند ابي يوسف رح
على اصله من زوال الملك بمجرد القول اذن في الصلوة ولم ياذن ويصير مسجدا لانه اسقاط كالاعتاق وبه قالت الائمة الثلاثة وينبغي ان يكون
قول ابي يوسف ان كلا من مجرد القول والاذن كما قالا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف **قوله** ومن جعل مسجدا تحته

قال (ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه يتحرز عن حق العباد وصار خالصا لله وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط العبد ما ثبت من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغنى

سرداب وهو بيت يتخذ تحت الارض لغرض تبرد الماء وغيره او فوقه بيت ليس احدهما للمسجد ليس بمسجد وله بيعه ويورث عنه اذا مات ولو غرل بابه الى الطريق لبقاء حق العبد متعلقا به والمبنى خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال الله تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء لله تعالى فكان فائدة هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا اما اذا كان السفل مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع صاحبه ان ينقب فيه كوة او يتد فيه وتد اعلى قول ابي حنيفة وبالتفاهم لا يحدث فيه بناء ولا ما يلوهن البناء الا باذن صاحب العلو واما اذا كان العلو مسجدا فلان ارض العلو ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب او العلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه لاحد بل هو من تتميم مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروي عن ابي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتابد بخلاف العلو وهذا التعليل لا يحكم بوجود الشرط فان التابيد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد وعن محمد من عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو متوقف على وجوده وعن ابي يوسف انه جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد ورأى ضيق الاماكن وكذا عن محمد لما دخل الري وهذا التعليل صحيح لانه تعليل بالضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس فيه اذنا عاما له ان يبيعه ويورث عنه لان المسجد لا حق المنع منه واذا كان ملكه محيطا بجوانبه الاربع كان له حق المنع ولم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن كل من ابي يوسف ومحمد انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا ولن يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار داخلا بلا ذكر كما يدخل في الاجارة بلا ذكر **قوله** ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع ولا يورث عنه يعني بعد صحته بشرطه وفي فتاوى قاضي خان رجل له ساحة بلا بناء فيها امر قومه ان يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلوة ابدا او امرهم بالصلوة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه اراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان امرهم بالصلوة شهرا او سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجدا فيما اذا اطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه اراد الابد فان بينته لا تعلم فلا يحكم عليهم بمنع ارثهم بما لم يثبت ولو ضاق المسجد وبجنبه ارض وقف عليه او حانوت جاز ان يوخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل اخذ بالقيمة كرها فلو كان طريقا للعامة ادخل بعضه بشرط ان لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه ابي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز ان يجعل شيء من الطريق مسجدا او يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة انتهى يعني اذا احتاجوا الى ذلك لاهل المسجد ان يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب او يحدثوا له بابا ولو اختلفوا انظر ايهم اكثر ولاية لذلك لهم ان يهدموه ليجددوه وليس لمن ليس من اهل المحلة ذلك كذا لهم ان يضيعوا الحباب ويلغوا القناديل ويفرشوا الحصير كل ذلك من مال القسم واما من مال الوقف فالفعل خير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف علامة النون من كتاب التجنيس تتميم المسجد اذا اراد ان يبني حوانيت في المسجد او في بنائه لا يجوز له ان يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة المسجد واما الغناء فلانه تبع للمسجد **قوله** ولو خرب ما حول المسجد واستغنى عنه واستغنى عن الصلوة فيه اهل تلك المحلة او القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند ابي يوسف وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي واحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة اذا خربت تباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي ان عمر كتب الى ابي موسى لما نقب بيت المال الذي بالكوفة انقل الى المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء مسجد آخر وجه قوله انه عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع

يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود الى ملكه وعندهما لا يعود الى ملكه وعنهما لا يعاد الى ملك الباني او الى ورثته
موته لانه عينه لنوع قربة وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه الا ان ابا يوسف لا يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد آخر

هو ايضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنه وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميت فافترسه سبع عاد الكفن الى ملك
مالكه وهدي الاحصار اذا زال الاحصار وادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء واستدل ابو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم
خروج موضعها عن المسجدية والقرية الا ان لقائل ان يقول القرية التي عينت له هو الطواف من اهل الآفاق ولم ينقطع الحق عن ذلك بان
الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على ان الايمان لم ينقطع من الدنيا راسا فقد كان المثل قس بن ساعدة امثال فالاوجه انه بعد تحقق سبب سقوط
الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من اهل الدنيا الا بسبب يجب بتجدد الملك فما لم يتحقق لم يعد واما ما قاس عليه من هدي
الاحصار فليس بلازم لانه لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما اباح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى المستعير فيعود الى المعير واما الحصير
والقنديل فالصحيح من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول الى مسجد آخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجدا ليصلي فيه اهل تلك
المحلة لا غير بل ليصلي فيه العامة مطلقا اهل تلك المحلة وغيرهم واما استدلال احمد بما كتب عمر لا يفيده لانه يمكن انه امره باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله
بالاتفاق بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع ان يركب يباع ويصرف
ثمنه الى صاحبه او ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس آخر لغزي عليه ولا حاجة الى الحاكم ولو جعل جنازة وملاءة ومغتسلا وقفا في محلة
ومات اهلها كلهم لا يرد الى الورثة بل يحمل الى مكان آخر فان صح هذا من محمد فهو رواية في الحصر والبواري انها لا تعود الى الوارث وهكذا نقل عن
الشيخ الامام الحلواني في المسجد او الحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه يصرف اوقافه الى مسجد آخر او حوض آخر واعلم انه تيفرع على الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد فيما اذا استغنى عن المسجد بخراب المحلة والقرية وتفرق اهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته انه يبطل الوقف
ويرجع النقض الى بانيه او ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر لشيء البتة يخرج عن الوقفية
وكذا في حوض خرب وليس له ما يعمر به فهو لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بنى رجل على هذا الارض فالبناء
للباني واصل الوقف لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فلتيا بل عند الفتوى غير الواقع موقعه وفي الفتاوى الظهيرية
سئل الحلواني عن اوقات المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها ويشتري بثمنها اخرى قال نعم وروى هشام عن محمد انه قال اذا صار الوقف
بحيث لا ينتفع به المساكين فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلى هذا فينبغي ان لا يفتى على قوله برجوعه الى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطله او خرابه
بل اذا صار بحيث لا يشتري بثمنه وقف آخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول وكذا للمتولي ان يبيع من تراب مسلة اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوى
قاضي خان وقف على سمين خرب ولا ينتفع به ولا يستاجر اصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان اصله يستاجر لشيء قليل يبقى اصله وقفا انتهى ويجب حفظ
هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استاجر ارضها من يبني او نجرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك فتباع كلها للواقف مع انه لا يرجع
منها اليه الا النقض فان قلت على هذا يكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدا بما اذا لم تكن ارضه بحيث يستاجر قلنا لا لان الرباط موقوف للسكنى
فامتنعت بانهدامه اما بخلاف هذه فان المراد وقف لاستغلال الجماعة المسمين ولو انهدم بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القائم
بامر الوقف الى ان يحتاج الباقي الى العمارة فيصرف في ذلك وكذا اذا يبس بعض اشجار الارض الموقوفة بيعها ولا يبيع من نفس الارض كذلك
ولا يعطي المستحقون شيئا من ثمن النقض ولا من عينه لوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيما سوى الغلة بل الحال ان لم يكن شراء شيء يستغل وتوظيفا لانه عمارة

قال ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رح لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لا يبقى له حق الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد رح اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه

الارض لشيء ولو قليلا فعل وحفظ العمارة بالبنى ولو خرب الكل وتعذر ان يشترى ثمنه مستغل ولو قليلا لا يرجع الى ملك الواقف **قوله** ومن بنى سقاية للمسلمين او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رح ولو سلمه الى متولى لانه لم ينقطع حقه عنه الا ترى انه ينتفع به في الحال فله ان يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت لتكون وصية فيلزم بعد الموت ولان يرجع عنه قبل موته على ما مر لما في الوقف على الفقراء بل ولان الثابت في كل منها لفظ ينبئ عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت وفي هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف على الفقراء ونحوه بخلاف المسجد لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حكم الانتفاع به فخلص لله تعالى بلا حكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو اصله وقوله قول الائمة الثلاثة كما مر وعند محمد لا يزول حتى يستقى الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط وتسليم هذه بما ذكرنا من سكناهم الخان والرباط الى آخره ويكتفى بالواحد في التسليم الموجب لزوال الملك لتعذر فعل الجنس اي تسليم الكل على تقدير تسليمهم على هذا البير اذا احتفره والحوض يزول الملك اذا استقى منها واحد او شربت دابة ومن ذلك لو ادخل قطعة ارض له في طريق المسلمين وجعلها طريقا يشترط فيه مرور واحد باذنه على قول من يشترط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها للمسلمين يلزم بمرور واحد ولا يكون بناء بامره او سلم الى المتولى صح التسليم في هذه الوجوه اعني السقاية والخان والرباط والمقبرة والبير والحوض لانه اعني المتولى نائب عن الموقوف عليهم فصار كفعلهم اي تسليمهم واما في المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصر الصحة بانه اي المسجد يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم لانه متولى له عرفا واختلف في المقبرة قيل كالمسجد على القول بانه لا يكفي في ازالة الملك عنه التسليم الى متولى لانه لا متولى له فلا يزول الملك الا بالدفن فيها وقيل كالسقاية فيصح التسليم الى المتولى بقوله ولو جعل داره مكة سكنى للحاج والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه لثغر او في سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيها اي في السقاية والمقبرة وفي الدار المسلمة عنه بها للخروج عن ملكه بذلك لقدر وهو قول الائمة الثلاثة بلا شرط الدفع الى المتولى كقول ابي يوسف وعند ابي حنيفة له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روى الحسن عنه انه اذا رجع بعد الدفن لا يرجع في المحل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع في المقبرة بعد الدفن لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوى ويزرع وهذا على غير رواية الحسن والفتوى في ذلك كله على خلاف قول ابي حنيفة لتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان في المقبرة اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه دخلت في الوقف حتى لو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالرأي فيها للقاضي ان رأى بيعها وصرف ثمنها على عمارة المقبرة فله ذلك فتكون في الحكم كانها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن الارض مواتا ليس لها مالك فاتخذها اهل القرية مقبرة فالاشجار على ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة ولو ان جلا غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد وان في ارض موقوفة على رباط مثلا فهي للوقف ان قال للقيم تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية فلا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق العامة او على شط النهر العام او شط الحوض القديم فهي للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا على شط نهر القرية ولو قطعها انبتت من عروقها اشجار فهي للغارس ولو بنى رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن ونحوه ان كان في الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج الى ذلك المكان يرفع البناء ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فليس له ان يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا ان الاولى الا ان كان فيها سعة وهو كمن بسط سجادة في المسجد او نزل في الرباط فجاء آخر لا ينبغي ان يوحش الاول ان كان في المكان سعة وذكر الناطفي انه يضمر

ديكتة بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلمه الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه راما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلمه اليه صح التسليم

قيمة الحفر لجمع بين الحقين لا يجوز لاهل القرية الانتفاع بالمقبرة الدائرة فلو كان فيها حشيش يحتش ويخرج الى الدواب لا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرنا سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البير يستوي الغني والفقير بخلاف وقف الغلة على الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنياء منهم قال المصنف الفارق فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة تشتمل الغني والفقير في الشرب والنزول لان الغني لا يقدر على استصحاب ما يشربه في كل مكان ولا على ان يشتري ذلك في كل منزل من السفر وعلى هذا فيجب في الرباطات ان يخص سكناه بالفقراء لان العرف على ان بناء الاربطة للفقراء وهذان فصلان في المتولي والموقوف عليه في المتولي

الفصل الاول في المتولي

قالوا الاولى من طلب الولاية على الاوقاف كمن طلب القضاء لا يقلد وللمتولي ان يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون وقفا في الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولي بلا اجرة كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك معدا للاستغلال او غير معد له حتى لو باع المتولي دار الوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري اجرة مثله وللمتولي ان يستاجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو ذلك باجرة مثله او زيادة تتغابن فيها فان كان اكثر فلا اجازة له عليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع من مال الوقف وان علم الاجير ان ما اخذه من مال الوقف لا يحل له وله ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو ادخل جذعا من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا انفق على الصغير وله ان يشتري من غلة المسجد دهنا وحصيرا واجرا وجصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال افعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله امر لا بد منه فيستدين بامر القاضي ويرجع في غلة الوقف وذكر الناطفي وكذا له ان يستدين في الزراعة الوقف بمبذره بامر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فيصح بامره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة ان لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع اما اذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من ماله له ان يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل فسكنها المرتهن ضمن اجرة المثل ولو انفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم انفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرأ عن الضمان ولو خلط دراهم الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل لو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال لدفع شرهم قال الشيخ الامام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد اليه وله ان يبني على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارته او ترميمه فلا والاصح ما قال ظهير الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يعرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وفيما هذا في قول ابي يوسف لان التسليم ليس بشرط فصح الوقف في حيوته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصي قيما في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل قيما بغير امر القاضي فقام وانفق من غلات وقف المسجد في عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل القيم الى القاضي لكن لا يضمن ما انفق في العمارة من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اذا لم تصح ولايته غاصب والغاصب اذا اجر المغصوب كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوى قاضي كان وانت تعلم ان المفتي به تضمين غاصب الاوقاف بخلاف ما اذا كان وقف على

والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقيل هي بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان يجلو في العادة

ارباب معلومين فان لهم ان ينصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قيل الاولى ان يرفعوا امرهم الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان ان لا يفعلوا ويصيبوهم وليس للمشرف ان يتصرف في مال الوقف بل وظيفة الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف والمتولي ان يفوض الى غيره عند موته كالوصي له ان يوصي الى غيره عند موته الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي مالا مسمى لم يكن في ذلك لان الوصي البدل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله ليفرض له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقاضي ان يجعل للذي كان ادخله ما كان الواقف جعله للذي كان ادخله لان للواقف في هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل هذه احداها والثانية اذا اودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع والثالثة القاضي اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ثم مات ولم يبين عند من اودع لا ضمان عليه اما لو كان القاضي اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن لو قال قبل موته ضاع مال اليتيم عندي او النفقة عليه ومات لا يكون ضامنا اما لو مات قبل ان يقول ضمن وكذا لو باع المتولي دار الوقف ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون دينا في تركته وللناس ان ياخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف اذا مال الى الملاكهم فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضي ليامر بالاستدانة لاصلاحها وله ان يبني قربة في ارض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وان يبني بيوتا لمستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اقراض ما فضل من مال الوقف قال ان كان احرز للغلة ارجوان يكون واسعا ولا يوجد الوقف اجارة طويلة واكثرها تجوز ثلاث سنين وليس له الا قالة الا ان كانت اصلحا للوقف ولو زرع الواقف والمتولي ارض الوقف وقال زرعتها لنفسي قال المحققون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا القصان الارض وليس عليهما اجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها للوقف فان قال ليس للوقف مال ازرعها به يامره بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو احق به ولا يخرجه عنه الا ان يكون غير مامون ذكر هذه المسئلة لفروعها في فتاوى قاضي خان وغيره وينعزل الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لان دام اقل من ذلك لو عاد اليه عقله وبرا من علته عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيا وله ان يعزله ويستبدل به او لا يستبدل ولو جن الموكل وكيله ويرجع الى القاضي في النصب لو خرج حاكم فيها فمات او عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بان ذلك القاضي اخرجه بلا حجة لا يدخله لان امر الاول محمول على السداد ولكن يكلفه ان يثبت عنده انه اهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل اعاده وكذا لو خرج لفسق وخيانة فبعد مدة تاب الى الله واقام بينة انه صار اهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يفعل الا ما يفعله امثاله عن الامر والنهي بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للحملة بايديهم فلذا قلنا لو عمي او طرش او خرس او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطاء فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر في الوقف على الفقراء ان يعطي قوما مدة وله ان يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يحاصصونهم وفي وقف الخصاف ان حكم القاضي ان لا يعطي غير هذا الرجل لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له ان يعطي غيره ويحرمه لان في كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استوفيت صحة هذا الكلام وكيف ما يخ بلا شروط حتى ظهرت في المسئلة القبولية ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني

في الموقوف عليه وقف على زيد ثم المساكين فمن زيد فهو للمساكين وكذا على زيد وعمرو فمن احدهما او ظهر انه كان ميتا فنصيبه

يكلفني

ولو جعل داره بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنا للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع ذلك الى الى يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان الغلة تحل للفقراء دون الاغنياء

للمساكين وكذا اذا ارد اجنبيا من قبل بعد الرد لا يعود من اهل سنة ليس له ان يرد بعد ذلك لو قال لا اقبلها سنة واقبل الباقي ذلك فانه يجوز حصته من هذه السنة للباقي من اهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين سماها ليس له ان يرد بل بعدها وقوله على ولد فلان ابدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا جاء من بعدهم رجع من الفقراء اليهم الا ان يرده ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل كالميت بخلاف ما لو اوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات الموصي فرد واحد فحصته لورثة الموصي في هذه مما افترق به الوصية والوقف الفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يعمل رده في رد ما لولده صغارا كانوا او كبارا اوقف على ولده ثم للمساكين فلولد صلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا ان يخص صنفا ما وام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من ورثه من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه اخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو صنع اسلى الولد ولدا لولد فقال على ولدي وولد ولدي ثم المساكين اشترك الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته كذا اختاره هلال فالخصاف وصحح في فتاوى قاضي خان انكر الخصاف رواية حراة اولاد البنات وقال لم اجد من يقوم برواية ذلك عن اصحابنا وانما روي عن ابي حنيفة فيمن اوصى لثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له ولد ذكور واناث لصلبه يوم يموت الموصي كان بينهم فان لم يكن له اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاد الذكور والاناث كان لولد الذكور دون البنات فكانهم قاسوا على ذلك هذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بان ولد الولد اسم لمن ولد ولده وبنته ولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد ان ولد الولد يتناول ولد البنت عند اصحابنا لكن ذكر الصدر في الجنبل ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل لولد فلان كذا او كذا ولو ابنه كلام الواقفين منسوب الى العرف فانا نخاطبهم بخلاف اذا لم الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال الولدت ذكرا او انثى فان هذا الاستفهام ظاهر في الذكر بخصوصه واذا عرف اختلاف فعول ولا ثبات في اولاد اولاد فيجب فيما لو قال على الذكور من اولادي او اولاد اولادي لمن دخلوا بين البنت على الخلاف لا يدخل على ظاهر الرواية لا ولد ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولدي ولد ولدي وولد ولدي صرفت الى اولاده ابدا ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان في نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا ان يرتب الواقف ولو قال اولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي واولادهم له اولاد ماتت اباهم قبل الوقف لا يدخلون مع اولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال بعد موت اولئك على اولادي فانما اراد الموجودين وضمير اولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف اولادي واولاد اولادي لا موجب لقصره على اولاد الموجودين فتدخل اولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال اولادي وهم فلان وفلان بعدهم للفقراء فمات احد الثلاثة اعطي نصيبه للفقراء الباقيين لانه خرج بخلاف ما لو قال فلان وفلان وفلان بل اولادي ثم الفقراء يصرف الكل للواحد ذا مات من سواه ولو قال على بني وله ذكران صرف اليهما وان كان احدا فله النصف والنصف الآخر للفقراء لان اقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الآخر للفقراء لتشكل اولادي فانه ينصرف للواحد الكل الا ان يكون عرف في اولادي يخالف كل جمع لمادة غيره كبني والمحتاجين ونحوه مما هو جمع غير لفظ اولادي ولقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما لو عطى القيم نصيب الفقراء الواحد اجازه ابو يوسف لان الفقراء لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنع محمد للجمعية فاوجب اعطاء اثنين ويدخل البنات في قوله بني واختاره هلال وعن ابي حنيفة اختصاصه بالذكور وقال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى والوجه الدخول لما عرف في الفقه غاية ما قول المساكين اوصى على بني يدخل البنات قال في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بني الاب لا في بني الام فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المرة من بني يعني فتدخل المرة بلا تردد ولم يكن له الا بنات صرفت الغلة للفقراء وبنات في لا يدخل الذكور ثم المستحق من الولد كل من ادرك خروج الغلة عالقا في البطن امه حتى لو حدث ولد بعد خروج الغلة باقل من ستة اشهر يستحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لانا نتيقن بوجود الاول في البطن عند خروج الغلة فيستحق ولو مات قبل القسمة

وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوى فيه الغنى والفقير والفارق هو العرف في الفصلين فان اهل العرف يأذنون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء

كان لعشرة وهذا في ولد الزوجة اما لو جاءت امته بولد لاقل من ستة اشهر فاعترف به لا يستحق لانه متهم في الاقرار على الغير اعني باقي المستحقين بخلاف ولد الزوجة فانه حين يثبت النسب ويثبت الوقف لولد الواقف من غير تحمل وقت يكون فيه الرجوع الى الولد فجاءت بولد لستين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا لو طلقها عقيب الوقف بالاتحمل ة كذلك بخلاف اذا كان الموت والطلاق بعد ان كان فيه الرجوع لاحتمال انه من حمل حدث وخروج الغلة الى الحصاد المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذكره في حيطي وقاضي خان وهذا في الحب خاصة وفي وقف الخصاف يوم طلعت الثمرة وينبغي ان يعتبر وقت اتانة العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد يأمن العاهة وقد اعتبر انعقاده واما على طريقة بلادنا من اجارة ارض الوقف لمن يزرعها لنفسه باجرة تستحق على ثلاثة اقساط كل اربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل تمام الشهر الرابع حتى ثم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف الوقف على اصاغر ولدي والعور منهم والعميان فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعميان يوم الوقف لا يوم الغلة بخلاف الوقف على مساكين البصرة مثلا وبغداد يعتبر سكنى البصرة يوم الغلة والاصل ان ما كان لازيول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف بخلاف الفقر وسكنى البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج سقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود سهمه كما لو وقف على الايامى على ان من تزوجت سقط سهمها فتزوجت بواحد ثم طلقت لا تعود الا ان كان نص عليه وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين فقد تنتقض القسمة في كل سنة فيعطى الغني والفقير من الاولاد الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم فمن ادعى الحاجة منهم لا يعطى ما لم يبينها عند القاضي ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم فقد يجاء البينة غناه لانها اكثر اثباتا ومن ولد لاقل من ستة اشهر من خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه لا يوصف بالحاجة في بطن امه ولد لم يجعل نفقته الحامل في مال من في بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجيء الغلة ولا مال له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغنى رجع اليه الكل وفي وقف الخصاف رحمه الله لو اجتمعت عدة سنين بلا قسمة حتى استغنى قوم وافتقر آخرون ثم قسمت يعطى من كان فقيرا يوم القسمة ولا نظر الى من كان فقيرا يوم الغلة ثم استغنى فاعطيه بخلاف ما لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطى من هذه القسمة شيئا مما بعدها وكذا لو خص عميان ولاده ونحوه تعينوا والمحتاج الذي يصرف اليه من لا يدفع اليه الزكوة ولا يكون له ارض ولا دار يستغلها وان لم تعف غلتها بكفايته حتى يبيعها وينفق ثمنها لو فضل منه اقل من نصاب بخلاف الدار التي يسكنها الخدمة وليس للمتولي عليهم الدار سكنا بل الاستغلال كما ليس للمتولي عليهم السكنى الا بالاستغلال واعلم انه اذا ذكر اولادا وآباء رجع للغني والفقير منهم الا ان يخص الفقراء كما ذكرنا واما غيرهم قال شمس الائمة اذا ذكر مصرفا فيهم تخصيص على الحاجة فهو صحيح سواء كانوا يحصون او لا يحصون لان المطلوب وجه الله تعالى ومتى ذكر مصرفا يستوي فيه الاغنياء والفقراء فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل على الحاجة استعمالا بين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ كاليتامى فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقراء منهم دون اغنيائهم فاتبني على هذه كما لو وقف على الرجال والنساء او المسلمين او العميان او على معزاء ربيعة او على تميم او بني هاشم لا يجوز شيء من ذلك لانتظامه الاغنياء والفقراء مع عدم الاحصاء ولا مميز في الاستعمال ونص الخصاف على ان الوقف على الزمنى والعميان والعور ان باطل من قبيل انه ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون وكذا على قراء القرآن وعلى الفقهاء وقال على اصحاب الحديث او الشعر كل ذلك باطل لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكر شمس الائمة انه يصح على الزمنى والعميان وقراء القرآن والفقهاء واهل الحديث ويصرف للفقراء منهم كاليتامى لاشعار الاسماء بالحاجة استعمالا لان الاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب فيغلب فيهم الفقر فقد صرح في الوقف على الفقهاء باستحقاق الفقراء منهم وهو فرع الصحة والمسألة المذكورة في آخر فصل المسجد من الهداية يفيد ذلك وهي ما اذا جعل غلة ارضه وقفا على الغزاة انه يصح ويصرف الى فقراء الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف هلال على جوازه على الزمنى ويدفع الفقراء منهم ويصرح في وقف الخصاف بالفقراء الوقف على اولاد بني فلان ولانه لكل ارملة كانت يوم الوقف او حدث سواء كن يحصين اولا وهو للفقراء منهن اذا كانت بالغة فمن اعطى منهن

لان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه والله اعلم بالصواب

اجزاء والارملة المستحقة كل بالغة كان لها زوج وطلقها او مات ويجوز لغواني الايامى فاذا وقف على ايامى بني فلان وبعدهن للمساكين او ايامى قرابتي ان كن يحصين فالوقف جائز وغايته للغنية وللفقير لا يحصين لم يخرج الوقف فيكون للمساكين والايم المستحقة كل انثى حوصنت ولو بعجوز ولا زوج لها بالغة او لا ولو قال على كل ثيب من بني فلان او من قرابتي وان كن يحصين جاز لمن ولكل من يحدث منهن وان كن لا يحصين في وقت قسمته من القسم فهو باطل والغلة للمساكين والثيب كل من جومعت ولو بعجوز ولها زوج او لا وان لم تبلغ ولا بكارة او بني فلان فان كن يحصين فهو لمن ولم يحدث ابدا وان كن لا يحصين كالوقف عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زائلة وفي كل ما لا يحصى منهن ممن ذكرنا انه لا يصح معه الوقف لو قيل للفقراء منهن جاز ومن اعطى اجزاء كالوقف على الاقارب وقف على اهل بيته ثم للمساكين دخل الغني والفقير ممن ينتسب الى الاب الذي ادرك الاسلام اسلم ذلك الاب او لا ممن كان موجودا حالة الوقف او حدث بعد ذلك من الرجال والنساء والصبيان لا اقل من ستة اشهر من مجيء الغلة ولو كانوا مفرقين لقوم او كفار او مسلمين ولا يدخل ذلك الاب ويدخل ابو الواقف واجداده وولده لصلبه واولاد الذكور منهم وان سفلوا ولا يدخل ابناء البنات من ولده الا اذا كان اباهم ممن ينتسب الى ذلك الجد الذي ادرك الاسلام [illegible] الا اذا كان آباؤهم من قوم آخرين وقوله على الى وجنسي كاهل بيتي ولا يخص الفقراء الا ان خصهم وقوله على الفقراء منهم وعلى من افتقر منهم سواء حيث يكون لمن يكون فقيرا وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف لا يعطى بمن كان غنيا فافتقر على الصحيح ولو وقف على قرابته فهو لمن ينتسب الى اقصى اب في الاسلام من قبل ابيه والى اقصى اب له في الاسلام من قبل امه لكن لا يدخل ابو الواقف ولا اولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل اولاد البنات واولاد العمات والخالات والاجداد الاعلون والجدات وحمي وارحامي وكل ذي نسب مني كالقرابة وعلى عيالي يدخل كل من كان في عياله من الزوج والولد ومن كان يعوله من ذوي الرحم وغير ذوي الرحم واذا عرف هذا فلو قال على اهل بيتي فاذا انقرضوا فعلى قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن ينتسب من قبل ابيه ولو عكس فقال على قرابتي واذا انقرضوا فعلى اهل بيتي لم يصح ومثله لو قال على اخوتي فاذا انقرضوا فعلى اخوتي لابي للاخوة متفرقون او بعد انقراض الكل لا يبقى له اخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلى حيز انه يجوز ثم هم عند ابي حنيفة رحمه الله الملاصقون فهو بجميع من في كل دار ملاصقة من الاحرار ولو كانوا اهل ذمة والبعيد بالسوية قربت الابواب او بعدت وعن ابي يوسف هم الذين تجمعهم محلة واحدة او مسجد واحد فان جمعتهم محلة واحدة وفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين متقاربين فان تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل اهل مسجد جيران دون الآخرين وقال محمد هم الملاصقون السكان سواء كانوا مالكين للدار او لا وسيأتي بقية هذا في الوصايا ان شاء الله تعالى ولا يدخل الارقاء ومن انتقل من الجوار على الخلاف في الجار لبطل حقه من الوقف +

للفقراء

قد تم المجلد الثاني من فتح القدير ويتلوه المجلد الثالث بعون الله العلي الكبير